Der untaugliche Versuch und die Entwürfe zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

der
Juristischen Fakultät
der
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen
zur Erlangung des Doktorgrades

vorgelegt von

Alfred Hegel
aus München.

Referendar bei der Polizeidirektion München.

Buchdruckerei Fürst, Murnau a. St. Obby.
1930.

30:152

Referent: Geheimrat Universitäts-Professor Dr. Ph. Allfeld.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Literatur.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1922.

Allfeld: Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht (Erlanger Rektoratsrede), 1904.

Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches, 1925 (E. 1925, Text u. Begründung).

Aschrott: u. v. Liszt: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, 1910.

Aschrott u. Kohlrausch: Reform des deutschen Strafrechts, 1926.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht, II, 1907.

Baumgarten Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, 1888.

Beling: Die Lehre vom Versuch, 1906.

Beling: Methodik der Gesetzgebung, 1922

Beling: G.S. 91/360 ff.

Berner: Lehrbuch d. deutschen Strafrechts, 1891.

Binding: Der umgekehrte Irrtum, G.S. 85, S. 178 ff., 1917.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung, II und III, 1872/1877.

Birkmeyer: Kritik des Vorentwurfes zu einem deutschen Strafgesetzbuch, I, 1910.

v. Buri: Beiträge zur Theorie des Strafrechts. Str.A., 1894; G.S. 1867, 1868, 1880, 1881, Z.Str.W. I, 1881.

v. Buri: Die Kausalität und ihre strafrechtl. Beziehungen, 1885.

Cohn: Zur Lehre von versuchten und unvollendeten Verbrechen, 1880.

Cohn: Die Revisionsbedürftigkeit des heutigen Versuchsbegriffes, Str.A., 192, 1916.

Delaquis: Der untaugliche Versuch. Ein Beitrag z. Reform d. Strafgesetzgebung, Abh. d. kriminalist. Seminars a. d. Univ. Berlin, 1904.

Graf zu Dohna: Der Mangel am Tatbestand i. d. Festgabe für Güterbock, 1910.

Ebermayer, Lobe, Rosenberg: Das Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung d. Reichsgerichts, 1925.

Eisenmann: Die Grenzen d. strafbaren Versuches. Z. Str.W. 13, S. 455 ff., 1893.

Entscheidungen: RGStr. 1/439, 441; 6/396; 8/198; 10/21; 11/72; 15/317; 17/158; 18/82; 24/382; 33/321; 34/217; 38/174, 423; 39/316; 42/92; 43/137; 47/65, 189; 49/20; 51/211.
RMG. 4/236.
Rspr. 7/248.

Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 1920.
I. Teil: Entwurf d. Strafrechtskommission, 1913 (K. E., Text und Begründung).
II. Teil: Entwurf v. 1919, Text u. Denkschr.
Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches, 1925 (E. 1927, Text u. Begründung).
Fabian: Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelikt u. Erörterung ihrer Strafbarkeit. Str.A. 53, 1905.
Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, III, 1805; IV, 1808, XI u. XIV, 1847.
Feuerbach: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven Peinlichen Rechts, 1799 u. 1800.
Feuerbach: Kritik des Kleinschrodischen Entwurfes zu einem Peinlichen Gesetzbuch, I, 1804.
Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1904.
Finger: Der Versuch und der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch in der Festschr. f. Binding, 1911.
Finger: Das Strafrecht, in Compendien d. österr. Rechts, 1912.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1926.
Frank: Vergleichende Darstellung, Allg. Teil, V, 1906/09.
Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, aufgestellt von Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt u. Goldschmidt, 1911, Text u. Begründung.
Gerland: Deutsches Strafrecht, 1922.
Geyer: Ueber d. Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen, Erörterungen über d. allg. Tatbestand d. Verbrechen in Z.Str.W. 52, 1881.
Goldschmidt: Die Lehre vom beendigten und nicht beendigten Versuch, 1897.
Häberlin: Ueber den Irrtum im Strafrecht. G.S. 1865 (Beilageheft).
Hälschner: System des Preussischen Strafrechts, I.
Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881/87.
Hagemann: Der Versuch beim Mangel des Objektes. Gold. Arch. 32, S. 223 ff., 1884.
Hertz: Versuch mit untauglichen Mitteln, 1874.
Höpfner: Zur Tragweite der Normenlehre. Z.Str.W. 1903.
Hold-Ferneck: Der Versuch eine rechtsphilosophische Betrachtung zum deutschen Strafgesetzentwurf, 1922.
Holzendorff: Handbuch d. deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen, 1871/77.
Horn: Der Versuch Z.Str.W. 20, S. 309 ff.
Klee: Wille und Erfolg. Str.A. 53, 1898.

Köhler: Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 1917.
Köhler: Studien zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, 1910.
Köstlin: System d. deutschen Strafrechts, Allgem. Teil, 1855.
Kohler: Leitfaden des deutschen Strafrechts, 1912.
Kohler: Lehrbuch d. Rechtsphilosophie, 1909.
Kohler: Studien aus dem Strafrecht, 1890.
Kriegsmann: Wahnverbrechen und untauglicher Versuch. Str.A., 51, 1904.
v. Kries: Ueber den Begriff der Unmöglichkeit und einige Anwendungen desselben; i. d. Vierteljahresschr. f. wissenschaftl. Philos. 1888.
Kroschel: Zur Lehre v. untauglichen Versuch. Gold. Arch. 36, S. 33 ff.
Kroschel: Versuch und Mangel am Tatbestand, G.S. 41. 1889.
Krug: Die Lehre v. Versuch d. Verbrechen, 1854.
Lammasch: Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriff d. Verbrechensversuches, 1879.
v. Lilienthal: Grundriss zur Vorlesung über deutsches Strafrecht, 1916 und in Z.Str.W. 30, S. 225, 1910.
v. Liszt: Lehrbuch d. deutschen Strafrechts, 1919 u. 1921.
Loeb: Der Versuch, 1913.
Luden: Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht. I, über d. Versuch d. Verbrechens, 1836.
Mayer: Der allgemeine Teil d. deutschen Strafrechts, 1915.
Menzhausen: Wahnverbrechen und untauglicher Versuch, 1908.
Mittermaier: Der Versuch von Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstande des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit untauglichen Mitteln, G.S. 1859.
Mittermaier: Ueber den neuesten Zustand der Kriminalrechtswissenschaft in Deutschland. Neues Arch. d. Kriminalrechts, I u. III.
Mommsen: Römisches Strafrecht, 1899.
Motive des revidierten Entwurfes zu einem deutschen Strafgesetzbuch, II u. vom Juli 1869.
Müller: Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912.
Natorp: Der Mangel am Tatbestand, 1921.
Oerstedt: Grundregeln, 1818 (S. 164—180).
Oetker: Der Versuch und die Schweizerischen Strafgesetzentwürfe, Z.Str.W., 17, S. 63, 1897.
Oetker: Rechtsgüterschutz und Strafe, 1897.
Oetker: G.S. 91/342.

v. Olshausen: Kommentar z. Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, I, 1927.
Oppenhoff: Das deutsche Strafgesetzbuch, 1896.
v. Overbeck: Zum Vorentwurf z. deutschen Strafgesetzb. i. d. Schweiz. Ztschr. f. Strafrecht 23, S. 27, 1910.
Pfotenhauer: Der Einfluss des faktischen Irrtums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen. 1838.
Rosenberg: Ueber d. Strafbarkeit d. untauglichen Versuches. Z.Str.W., 20, 1900.
Rudert: Objektive u. subjektive Seite im Tatbestand d. untauglichen Versuches, 1907.
Schoetensack: Verbrechensversuch und deutscher Strafgesetzentwurf, i. d. Festschr. f. Binding, S. 377 ff., 1911.
Schoetensack: G.S. 91/378.
Schüler: Der Mangel am Tatbestand, 1914.
Schwarze: Versuch und Vollendung, im Holzendorff'schen Handb. d. deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen, II, 1871—77.
Seeger: Ausbildung i. d. Lehre v. Versuch i. d. Wissenschaft des Mittelalters, 1869.
Sohm: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 1923.
Sontag: Kritik d. Vorentwurfes zu einem deutschen Strafgesetzbuch, I, 1910.
Stark: Der untaugliche Versuch im geltenden Strafrecht, 1923.
Stark: Versuch und Schuld. Z.Str.W., 34, S. 459 ff.
Stienen: Fälle d. begrifflichen Unmöglichkeit des Versuches, 1912.
Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, bearbeitet v. d. hiezu bestellten Sachverständigenkommission, 1909, Text und Begründung.
Wachenfeld: Lehrbuch d. deutschen Strafrechts, 1914.
Zachariae: Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, 1836.

Abkürzungen:

G.S.: Gerichtssaal.
RGStr.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RMG.: Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
Rspr.: Rechtssprechung des Reichsgerichts.
Str.A.: Strafrechtliche Abhandlungen.
Z.Str.W.: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Inhalt.

	Seite
Einleitung	1
I. Der Begriff und seine Berechtigung	1
1. Im Verhältnis zum tauglichen Versuch	1
2. Im Verhältnis zum Wahnverbrechen	6
II. Die Strafbarkeit des sogenannten untauglichen Versuches	9
1. Allgemeines und Ausgangspunkt der Streitfrage	9
2. Geschichtliche Entwicklung der Streitfrage	13
A. Das römische Recht	14
B. Die italienischen Praktiker	15
C. Die Peinliche Gerichtsordnung	16
3. Die Versuchstheorien	17
A. Die subjektive Theorie	17
B. Die objektive Theorie	24
C. Die Vereinigungstheorien	29
4. Lösungsversuch	32
A. Der Ausgangspunkt der gesetzlichen Strafdrohung	32
B. Abgrenzung der strafbaren von den straffreien Fällen des sogen. untauglichen Versuches	34
a) Der Versuch mit untauglichen Mitteln	34
b) Der Versuch am untauglichen Gegenstand	42
III. Die Entwürfe zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch	49
1. Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1909	50
2. Der Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches von 1911	53
3. Entwurf der Strafrechtskommission 1913	56

Der untaugliche Versuch und die Entwürfe zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch.

Einleitung.

Die Lehre vom Versuch gehört zu den umstrittensten Gebieten des deutschen Strafrechts. Die Literatur über die sämtlichen Erscheinungsformen des strafrechtlichen Versuches ist derart umfangreich, die Meinungen in Rechtslehre und Rechtssprechung sind derart vielgestaltig und teilweise unversöhnbar weit auseinandergehend, dass es Vermessenheit wäre, wenn man im Rahmen einer Arbeit wie der vorliegenden daran gehen wollte, nur einer einzigen Erscheinungsform des strafrechtlichen Versuches in einigermassen umfassender Weise gerecht zu werden. Deshalb glaubten wir dem Zweck der Arbeit, nämlich einer Dienstleistung für die Wissenschaft, in der grossen Gesellschaft berufener Autoren nur durch engste Spezialisierung näher kommen zu können. Die Arbeit will die Entwürfe zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch auf ihre Stellungnahme zum grossen Problem des sogenannten untauglichen Versuches hin prüfen. Indessen werden hiebei trotz aller Spezialisierung über den Begriff als solchen einige Worte zu sagen sein; im Zusammenhang damit werden wir Ursprünge und Entwicklungsgang der Lehre vom untauglichen Versuch anhand einer kurzen geschichtlichen Skizze verfolgen und auf die wesentlichen Grundzüge der wichtigsten Theorien eingehen. Allerdings wird es uns bei dieser Einteilung der Arbeit nicht anders gehen als der ganzen Literatur über den untauglichen Versuch, „die einen Umfang angenommen hat, der mit dem erzielten Ergebnis im umgekehrten Verhältnis steht“ [1]): Die auf das engere Thema hinführenden Ausführungen werden einen grösseren Umfang annehmen, als die Ausführungen über das engere Thema selbst.

I.

Der Begriff und seine Berechtigung.

1. Im Verhältnis zum tauglichen Versuch.

Eine Anzahl von Anhängern verschiedener Theorien hat die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch überhaupt bestritten und damit die Daseinsberechtigung des sogenannten untauglichen Versuches, als einer Erscheinungsform des Versuches im weiteren Sinn, geleugnet [1]). Auch das Reichsgericht hat in einer Entscheidung diesen Standpunkt vertreten [2]). Sie alle gehen aus

1) Cohn: Die Revisionsbedürftigkeit des heutigen Versuchsbegriffes. 1916, S. 54.

1) Z. B. Hälschner, a. a. O., S. 348 ff., v. Buri, GS, 32, S. 395 u. 349, Delaquis, a. a. O., S. 171 und 139.

2) R. G. Str. I, S. 439 ff.

von der allgemeinen Gegenüberstellung von Versuch und Vollendung. Hier wie dort hat allerdings der Täter sämtliche Voraussetzungen zur Erreichung eines ihm vorschwebenden Erfolges gesetzt, jedoch ergibt sich beim Versuch in Ansehung des Erfolges ein quantitativer Unterschied zwischen Vorsatz und tatsächlicher Folge der versuchten Verwirklichung dieses Vorsatzes: aus irgend einem vom Täter nicht gewollten und nicht vorhersehbaren Grund ist der Erfolg hinter dem Vorsatz zurückgeblieben. Tauglicher Versuch und Vollendung unterscheiden sich durch die Verschiedenartigkeit des natürlichen Erfolges und gleichen sich darin, dass der Täter überzeugt ist, alle zum tatbestandsmässigen Erfolg notwendigen Bedingungen gesetzt zu haben.

Der untaugliche Versuch kennzeichnet sich dadurch, dass ein mit normalem Erfahrungswissen ausgestatteter Beurteiler bei Kenntnis aller die Tat begleitenden Umstände hätte erkennen müssen, dass der vom Täter gewollte tatbestandsmässige Erfolg unmöglich eintreten könne. Die Ursache dafür, dass der Täter selbst diese Unmöglichkeit des Eintrittes des beabsichtigten Erfolges nicht erkannt hat, liegt entweder in dem Stand seines Erfahrungswissens oder darin begründet, dass ihm bestimmte, den Erfolg notwendig unmöglich machende Tatsachen aus anderen Gründen verborgen geblieben sind. Die Gegner der formellen Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch gehen von der Ueberlegung aus, dass jeder Versuch irgendwie untauglich sei zur Erreichung des Erfolges, andernfalls der Erfolg tatsächlich eingetreten wäre[3]). Diese Ueberlegung ist richtig. Aber mit ihr wird die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch nicht widerlegt, da sie „ex post" urteilt, anstatt „ex ante", d. h. im Augenblick der ersten vom Täter gesetzten Erfolgsbedingung, die Erfolgsmöglichkeit ins Auge zu fassen[4]). Von dem vorschauenden Standpunkt aus kann man sehen, dass der taugliche Versuch erst im Verlauf der Handlung zur Erreichung des beabsichtigten Erfolges untauglich wird, während der sogenannte untaugliche Versuch die Erfolgsunmöglichkeit von vornherein in sich trägt. Hiegegen wird eingewendet, dass die zur Nichtvollendung ursächlichen Faktoren bei jeder Handlung, die nicht über den Versuch hinausgediehen ist,

3) Z. B. Hälschner, a. a. O., S. 348: „Eine Versuchshandlung ist wesentlich eine solche, die untauglich ist, den beabsichtigten Erfolg herbeizuführen, während der Handelnde sie als eine taugliche ansah".

4) v. Liszt'scher Grundsatz (s. O. S. 44).

von Anfang an gegeben gewesen seien[5]), eine zweifellos wiederum objektiv zutreffende Ueberlegung. Wir meinen aber, die Beurteilung über die strafrechtliche Erheblichkeit einer menschlichen Handlung müsse von der im wahrsten Sinn des Wortes menschenmöglichen Beurteilung der Ursächlichkeit aus angestellt werden, und man dürfe ihr nicht den über das menschliche Erkenntnisvermögen hinausgehenden philosophischen Begriff der Relation der Dinge zugrunde legen. Stellen wir uns vor, es gäbe einen Menschen, der die unendliche Anzahl aller, von der ersten bis zur letzten Ausführungshandlung und von hier aus bis zum Ergebnis dieser Handlungsgesamtheit wirksamen Kräfte und ihre Grösse jeweils kennen würde: in seinem Sprachschatz hätte der Ausdruck „Versuch" keine Daseinsberechtigung, denn er könnte zwischen Handlungen unterscheiden, die zur Erreichung eines bestimmten Erfolges entweder absolut tauglich oder absolut nicht tauglich sind. Da der Mensch aber solche Fähigkeiten nicht besitzt, so kann der Beurteilung irgend einer menschlichen Handlung nicht ein absolutes, sondern es muss ihr ein relatives, d. h. eben das allgemein menschliche Verhältnis zu den Dingen zugrunde gelegt werden. Wir sehen, dass vom Standpunkt eines allwissenden Beurteilers, aber auch nur von diesem Standpunkt aus, nicht einmal von einem „Versuch", geschweige denn von einem tauglichen oder einem untauglichen Versuch gesprochen werden könnte, dass aber das beschränkte menschliche Erkenntnisvermögen den Begriff „Versuchen" hat entstehen lassen; deshalb ist eine Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch möglich und notwendig.

Die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch ist ferner mit dem Hinweis auf das beiden Begriffen gemeinsame Fehlen einer Ursächlichkeit im Rechtssinn bestritten worden[6]). Die Lehre, dass für die Strafbarkeit einer Handlung der ursächliche Zusammenhang zwischen ihr und einem rechtserheblichen Erfolg notwendig sei, ist auf Feuerbach zurückzuführen[7]). Sie hat zu zahlreichen Experimenten geführt, auch beim Versuch, einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Handlung des Täters und einem rechtserheblichen Erfolg seiner Handlung zu konstruieren. Für den strafrechtlichen Versuch ist aber der Nichteintritt eines sichtbaren rechtserheblichen Ereignisses wesentlich. Auf

5) Delaquis, a. a. O., S. 195, Anm. 3.
6) Z. B. R. G. Str. 1, S. 244, Plenarentscheidung v. 24. V. 1880.
7) Feuerbach, Lehrbuch § 42, S. 35, 36, 11. Aufl.

der Suche nach der inneren Voraussetzung für die Strafbarkeit einer Versuchshandlung hat man indessen einen unsichtbaren rechtserheblichen Erfolg entdeckt; dieser muss entweder darin bestehen, dass eine für die Rechtsordnung gefährliche Gesinnung eines Menschen durch Betätigung offenbar wird, oder, dass diese Betätigung objektiv gefährlich, d. h. an sich geeignet ist, eine die Rechtsordnung verletzende Folge herbeizuführen[8]). Wenn wir den Täter und seine Tat unter dem Gesichtspunkt der Feuerbach'schen objektiven Gefährlichkeit betrachten, werden wir einen weiteren wesentlichen Grund für die berechtigte Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch finden und damit auch einen Unterschied in der Strafwürdigkeit. Hiebei müssen wir einem späteren Teil der Arbeit vorgreifen, indem wir schon jetzt auf die beiden wichtigsten Erscheinungsformen des tauglichen Versuches, nämlich den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Gegenstand zu sprechen kommen: der Schütze, der, fest entschlossen, den Gegner zu töten, das versehentlich ungeladene Gewehr abdrückt, ist nicht weniger bereit, ein Rechtsgut zu verletzen, ein Verbot der Rechtsordnung zu missachten, als derjenige, der das ordnungsgemäss geladene Gewehr abdrückt und vorbeischiesst. Beide sind also objektiv gefährliche Menschen. Ein Unterschied ergibt sich aber, wenn man den Gefährlichkeitsgrad dessen, was tatsächlich geschehen ist, abmisst: das geladene Gewehr war grundsätzlich geeignet, dem Täter Mittel zur Ausführung seiner Tat zu sein. Es hat die Tat objektiv gefährlich gemacht; auch im Sprachgebrauch würde man von einer Gefährdung des Gegners, an dessen Kopf die Kugel vorbeigeflogen ist, sprechen. Das nichtgeladene Gewehr dagegen konnte dem Gegner durch die Handlung des Täters überhaupt nicht gefährlich werden. Wir haben es also in unserem Beispiel mit zwei gleichermassen gefährlichen Tätern, aber nur in einem Fall mit einer gefährlichen Tat zu tun. Wir kommen zu dem Ergebnis, dass hier der taugliche von beiden Versuchsfällen durch das Zusammentreffen einer objektiven Gefährlichkeit des Täters und seiner Tat, der sogenannte untaugliche durch das Fehlen der objektiven Gefährlichkeit der Tat sich kennzeichnet. Im ersten Fall war die Handlung des Täters „potentiell kausal" für den beabsichtigten Erfolg, im zweiten Fall fehlt ihr jede auch nur mögliche Ursächlichkeit, weil sie unter keinen Umständen zur Herbeiführung des beabsichtigten Er-

8) Hiezu Delaquis, a. a. O., S. 46 und S. 88, Lammasch, a. a. O. S. 7, Fabian, a. a. O., S. 9.

eignisses geeignet war. Wir halten beide Täter in unseren Beispielen für gleichermassen strafbar. Zur Begründung sei es erlaubt, dass wir uns vorerst hiebei nur auf das natürliche Rechtsempfinden stützen. Sachlich wollen wir uns hier lediglich auf die Feststellung beschränken, dass die sogenannte potentielle Ursächlichkeit jedoch keine Erklärung für die Strafwürdigkeit der beiden täterischen Handlungen sein kann; denn nur einer von beiden könnte der abstrakte und daher unglückliche Begriff der „potentiellen Kausalität" zugrunde gelegt werden[9]). Wir wollen uns vielmehr mit Buri[10]) „nicht länger der Einsicht verschliessen, dass der Kausalzusammenhang die objektive Wirklichkeit ist", und dass „die lediglich in der Vorstellung des Handelnden" oder „in der Tauglichkeit des Mittels bestehende Verbindung zwischen Versuch und Vollendung uns diese Wirklichkeit nicht ersetzen kann". Für den Versuch im weitesten Sinn, also auch für den untauglichen Versuch, ist irgend ein Kausalzusammenhang mit der Vollendung nicht denkbar. Es ist also richtig, dass vom Gesichtspunkt der Kausalität aus, eine Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch nicht möglich ist. Aber diese Tatsache kann nicht geeignet sein, die Daseinsberechtigung des Begriffes „untauglicher Versuch" überhaupt zu verneinen, sie wird uns im Gegenteil zur Auffindung eines weiteren wichtigen Unterscheidungsmerkmales zwischen tauglichem und untauglichem Versuch behilflich sein, wenn wir uns nach der inneren Ursache für dieses Fehlen eines Kausalzusammenhangs umsehen. Es wird behauptet[11]), der Nichteintritt des beabsichtigten Ereignisses sei beim Versuch im weitesten Sinn auf Irrtum zurückzuführen. Allerdings ist ein sogenannter untauglicher Versuch ohne Irrtum nicht denkbar; denn der Täter nimmt an, dass Umstände gegeben sind, die in Wirklichkeit nicht gegeben sind, oder er glaubt an eine bestimmte Wirkung, die bei den gegebenen Umständen in Wirklichkeit nicht eintreten kann. Dass aber im Gegensatz hiezu der strafrechtliche Begriff des tauglichen Versuches einen Irrtum nicht voraussetzt[12]), beweist unserer Ansicht nach für das geltende Recht der § 46 RSTGB, der es auch Versuch nennt, wenn die Ausführung der Handlung aufgegeben oder der Eintritt des Erfolges durch eigene

9) Hiezu Geyer, Z. Str. W. 1881, S. 52.
10) Buri, Die Kausalität, S. 115.
11) Hertz, a. a. O., S. 34; a. M .v. Buri, G. S. 1880, S: 350, Hälschner, a. a. O., S. 344, Delaquis, a. a. O., S. 139, Lammasch, a. a. O. S. 28.
12) Ebenso Mayer, a. a. O., S. 366, Anm. 5, Rudert, a. a. O. S. 13, Menzhausen, a. a. O., S. 18.

Tätigkeit abgewendet wird. Ursache für den Nichteintritt der Vollendung muss hier gewiss nicht unbedingt ein Irrtum des Täters sein[13]); und doch spricht das Gesetz hier von einem nicht beendigten und einem beendigten „Versuch als solchem". Wir wollen aber die gesetzliche Therminologie für den logischen Begriff des tauglichen Versuches nicht massgebend sein lassen. Wir wollen vielmehr zum Zweck der Auffindung der für den Nichteintritt der gedachten Folge beim tauglichen Versuch wirksamen Gründe den Satz, der am Eingang dieses Abschnittes steht, folgendermassen umändern: der Nichteintritt des beabsichtigten Erfolges ist bei jedem Versuch auf die Unvorhersehbarkeit der Dinge zurückzuführen, oder: der Mensch versucht, weil er trotz der Unvorhersehbarkeit der Dinge nach seiner Erfahrung den Eintritt des beabsichtigten Erfolges für möglich hält. Hinterher wird man sehr oft feststellen können, dass es anders gekommen ist, als man gedacht hat. Irren kann man sich aber begrifflich nur über Gegenwärtiges; ich irre mich, wenn ich denke, es ist jetzt elf Uhr, in Wirklichkeit aber ist es zwölf Uhr. Ich irre mich aber nicht, wenn ich mir vorstelle, in einer Stunde wird es vielleicht regnen und in Wirklichkeit scheint dann die Sonne um diese Zeit. Dass es jetzt nicht elf Uhr, sondern zwölf Uhr ist, hätte ich wissen können, wie aber das Wetter werden wird, das habe ich nach meinen Erfahrungen mir vorstellen, aber nicht wissen können. Von solchen Ueberlegungen aus, wird es verständlich, wenn wir nur dem sogenannten untauglichen Versuch einen Irrtum zugrundelegen. Der Nichteintritt der Vollendung beruht beim tauglichen Versuch nicht auf einem Irrtum des Täters über Vorhandensein oder Erfolgstüchtigkeit der von ihm gesetzten Bedingungen; er kann nur später eintretende ausserhalb seiner Beeinflussungsmöglichkeit liegende Ereignisse, die tatsächlich den Eintritt der Vollendung hindern, nicht vorhersehen. Nur beim untauglichen Versuch steht die Meinung des Täters im Widerspruch mit der wirklichen Gegenwart. Wir widersprechen hier der herrschenden Lehre, die für jeden Versuch einen Irrtum als notwendige Voraussetzung annimmt[14]) und gewinnen ein weiteres wesentliches Unterscheidungsmerkmal in der Gegenüberstellung von tauglichem und untauglichem Versuch.

2. Im Verhältnis zum Wahnverbrechen.

Die Daseinsberechtigung des Begriffes „untauglicher Ver-

13) ebd.
14) Ebenso Kriegsmann, a. a. O., S. 23.

such“ wird noch mit dem Hinweis darauf bestritten, dass er mit dem sogenannten Wahnverbrechen wesensgleich sei[1]).

„Unter Wahnverbrechen ist nur der Fall zu verstehen, dass der Täter ohne einen Irrtum über Tatbestandsmerkmale einen Tatbestand für strafbar hält, der es nicht ist“[2]). Es trägt zum Beispiel jemand, der einen Waffenschein besitzt, auf der Strasse eine Waffe bei sich und glaubt sich wegen verbotenen Waffentragens strafbar zu machen, etwa, weil er annimmt, der Waffenschein berechtige nur zum Besitz einer Waffe in der Wohnung. Beim sogenannten Putativdelikt, das unrichtigerweise dem Begriff des Wahnverbrechens unterstellt worden ist (hiezu ebenso Anm. 1), glaubt der Täter einen vollständigen strafbaren Tatbestand herzustellen, wobei er aber irrtümlich das Vorhandensein eines wesentlichen Tatbestandsmerkmales annimmt; z. B. er nimmt in rechtswidriger Zueignungsabsicht seine eigene Sache weg, die er für eine fremde hält. Dieser Handlung fehlt das Merkmal des Wahnverbrechens, nämlich der Irrtum des Täters über eine Strafdrohung des Gesetzes. Die begrifflich notwendige Unterscheidung zwischen Putativdelikt und Wahnverbrechen kann übrigens nicht von der Hand gewiesen werden: Das erste wäre bei Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale strafbare Handlung; es fehlt aber ohne Wissen des Täters ein Tatbestandsmerkmal (z. B. fremde Sache). Das zweite ist auch beim Vorhandensein sämtlicher den äusseren Erfolg herbeiführender Merkmale eine vom Gesetz überhaupt nicht mit Strafe bedrohte Handlung. In diesem Abschnitt werden wir das sogenannte Putativdelikt beiseite lassen. Zum Wahnverbrechen können wir uns indessen hier kürzer fassen und die grundsätzlichen unter a) gemachten Ausführungen zu Ursächlichkeit und Irrtum voraussetzen.

Untauglicher Versuch und Wahnverbrechen stehen allerdings wiederum nicht zu einer tatbestandsmässigen Vollendung in einem entsprechenden Ursachenzusammenhang; der Unterschied ist aber hier so greifbar, dass man kaum einsehen kann, wie man aus dieser oberflächlichen Gemeinsamkeit heraus untauglichen Versuch und Wahnverbrechen gleichmachen konnte. Schon der rein begriffliche Unterschied liegt auf der Hand: beide verhalten sich zueinander — natürlich nur ihrem inneren Wesen nach — wie Versuch und Vollendung. Das Wahnverbrechen ist eine völlig abgeschlossene, mit der Vollendung gekrönte Handlung, nur ist diese Voll-

1) Vgl. Binding, Normen III, S. 404, 471, Cohn, Die Revisionsbedürftigkeit des heutigen Versuchsbegriffes, S. 5, Schoetensack, a. a. O., S. 388 ff., Berner a. a. O. S. 92.
2) Frank, RSTGB, § 43, I, vgl. auch Fabian, a. a. O., S. 32.

endung nicht tatbestandsmässig. Die äusseren Vergleichsmerkmale sind also schon sehr ungleich, nämlich völlig fehlende Vollendung und gegebene, aber nicht tatbestandsmässige Vollendung[3]). Wollte man die Strafwürdigkeit des Wahnverbrechens bejahen, so könnte man nur wegen Vollendung bestrafen[4]). Es wäre ebenso undenkbar, hier wegen Versuchs zu bestrafen, wie es undenkbar wäre, einen untauglichen Versuch als Vollendung zu bestrafen.

Der wesentliche rechtliche Unterschied zwischen beiden Begriffen liegt in der Verschiedenheit der täterischen Vorsätze begründet:

Der Vorsatz des Täters, der eine von der Rechtsordnung mit Strafe bedrohte Tat auszuführen versucht, ist, gleichgültig ob Mittel oder Gegenstand oder beide untauglich sind, dem Vorsatz des erfolgreichen Täters völlig gleichzustellen. Der Vorsatz des Wahnverbrechens aber ist auf ein rechtliches Phantasiegebilde gerichtet, nämlich auf einen von der Rechtsordnung nicht mit Strafe bedrohten Erfolg. Nur die Tatsache einer verbrecherischen, wenn auch auf ein nicht vorhandenes Strafgesetz gerichteten Willensäusserung konnte die subjektive Theorie und mit ihr das Reichsgericht in zwangvoller Konsequenz hier zur Annahme eines Verbrechensversuches führen[5]).

Der zweite Vergleichspunkt ist wieder der Irrtum. Dass für das Wahnverbrechen ein Irrtum des Täters notwendige Voraussetzung ist, kann bedenkenlos bejaht werden. Da wir auch beim untauglichen Versuch vorhin zur Bejahung dieser Voraussetzung gekommen sind, so muss hier eine Untersuchung der auf beiden Seiten als gegeben anzusehenden Irrtumsarten zur Abgrenzung der Begriffe angestellt werden.

Der Irrtum des Wahnverbrechens besteht seinem Inhalt nach in der unrichtigen Meinung von der Strafwürdigkeit einer nicht tatbestandsmässigen, also strafrechtlich nicht erheblichen Handlung; die innere Ursache für diesen Irrtum liegt in der Unkenntnis oder der falschen Auslegung des Gesetzes begründet. Der Irrtum beim untauglichen Versuch ist inhaltlich der Unterschied zwischen der Meinung des Täters und der gegenwärtigen Wirklichkeit; er bewirkt, dass die Erfolgskraft der Handlung überschätzt wird; seine Ur-

3) Hiezu auch Fabian, a. a. O., S. 32.
4) Ebermeyer, a. a. O., § 43, Anm. 11, 1.
5) RGSTR. 47, S. 189; auch 42, S. 93, 49, S. 20; RSPR. 7 S. 248; dagegen richtig RMG, 4, S. 236. Siehe auch Kriegsmann, a. a. O., S. 44, Fabian, a. a. O., S. 32, ferner über Vorsatz bei untauglichem Versuch und Wahnverbrechen Baumgarten, a. a. O., S. 308; Geyer in Z. Str. W. I, 1881, S. 36 ff.

sache liegt entweder in dem Stand des täterischen Erfahrungswissens, oder in der Unkenntnis der natürlichen Verursachungsgesetze begründet[6]).

Wir haben gesehen, dass es zahlreiche wichtige Merkmale gibt, die nur dem sogenannten untauglichen Versuch eigentümlich sind. Schon der flüchtige Vergleich mit anderen, ihn scheinbar ausschliessenden oder ihm mindestens nah verwandten Begriffen hat den Nachweis seiner selbständigen Eigenart und damit seiner Daseinsberechtigung erbracht. Wir sehen jetzt, dass die Grenzen des untauglichen Versuches enger zu stecken sind, als es auf den ersten Blick aussieht. Wir beschränken uns auf den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Gegenstand. Der Theorienreichtum, den dieses Problem hervorgebracht hat, kann natürlich unmöglich mit einigem Anspruch auf Vollständigkeit in dieser Arbeit erörtert werden. Aber es lässt sich, wie schon eingangs betont wurde, eine zweckmässigerweise in Anlehnung an die Rechtsentwicklung erfolgende Darlegung der wichtigsten gegensätzlichen Theorien auch im Rahmen dieser Arbeit nicht vermeiden.

II.
Die Strafbarkeit des sogenannten untauglichen Versuches.

1. Allgemeines und Ausgangspunkt der Streitfrage.

Der Meinungsstreit über die Strafbarkeit des sogenannten untauglichen Versuches ist kein anderer, als der über die Auslegung der im Gesetz enthaltenen Versuchsbestimmungen. Entstehungsgeschichte und Wortlaut des § 43RSTGB sprechen dafür, dass der Gesetzgeber nicht beabsichtigt hat, den Versuch als strafrechtlichen Sondertatbestand begrifflich festzulegen. Er hat vielmehr nur den „Anfang der Ausführung" für strafbar erklärt und im übrigen noch die Strafbarkeitsmerkmale des Versuches angegeben. Man kann noch sagen, dass der Gesetzgeber die vor dem „Anfang der Ausführung" liegende Vorbereitung als für die Strafbarkeit unerheblich ausscheiden wollte. Wenn aber sogar das R.G. mit der für seine subjektivistische Tendenz grundlegenden Plenarentscheidung vom 24. V. 1880[1]) die Ansicht vertritt, dass für die Auslegung des § 43 „weder aus seinem Wortlaut noch aus seiner Entstehungsgeschichte ein tatsächliches Ergebnis hergeleitet werden könne", und wenn endlich der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch (1909)[2]) der

6) Hiezu auch Kriegsmann, a. a. O., S. 51 ff.
1) RGSTR. 1, S. 244.
2) V. E. Begründung S. 284.

Ansicht ist, dass durch die Worte „Anfang der Ausführung" die Versuchshandlung nicht „näher" bestimmt werde, dann kann man über den Meinungsstreit bei der Auslegung der im Gesetz enthaltenen Versuchsbestimmung nicht verwundert sein. Dazu kommt noch, dass anscheinend auch das Gesetz selbst verschiedene Versuchsbegriffe im Auge hat, wenn es im § 46 eine Unterscheidung zwischen beendigtem und nicht beendigtem Versuch trifft, nach der man im § 43 vergebens suchen wird.

Bevor wir die Grundzüge der Haupttheorien darzulegen versuchen, müssen wir den Wortlaut des Gesetzes einer Prüfung unterziehen und untersuchen, ob die Antwort auf die Frage nach dem Wesen des untauglichen Versuches wirklich nicht aus diesem Wortlaut entnommen werden kann, und ob wir unsere Zuflucht tatsächlich nur zur Auslegung nehmen können.

Wir setzen unserer Betrachtung den Text des § 43 RSTGB an die Spitze: „Wer den Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuchs zu bestrafen.

Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt."

Wesentliches Merkmal des Versuches ist somit Vornahme einer Handlung, welche den Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens darstellt, das der Täter verüben will. Der sprachliche Sinn der Worte „Anfang" und „Ausführung" dürfte im Gesetz kein anderer sein als im gewöhnlichen Sprachgebrauch. Aber schon die aus dem Text nicht ohne weiteres zu beantwortende Frage nach dem Gegenstand der Ausführung hat zu Zweifeln Anlass gegeben, indem man sich fragte, ob die Ausführung des auf das Verbrechen gerichteten Entschlusses oder des Verbrechens selbst gemeint sei[3]). Krug ist der Ansicht, dass die Ausführung begrifflich den Entschluss und die Vorbereitung ausschliesse. Da jedoch auch das Dasein von Vorbereitungshandlungen von einem Entschluss abhängt, so entsteht die Frage, welchen Raum diese Ausführung einnehmen soll, den vom Beginn der Vorbereitung bis zur Vollendung oder nur den vom Beginn der Ausführung bis zur Vollendung. Aus solchen Erwägungen

3) Krug, a. a. O., S. 19, Mittermaier, G. S. 1859, S. 208.

heraus hat sich Mittermaier[4]) um eine Abgrenzung von Vorbereitungshandlungen und dem zwischen dem Beginn der Ausführungshandlungen und der Vollendung liegenden Versuchsstadium bemüht.

Das Gesetz spricht ferner von „Verbrechen und Vergehen". Nach den Motiven zum RSTGB[5]) soll sich die Nichtberücksichtigung der Uebertretungen nicht so erklären, als ob die Möglichkeit eines strafbaren Versuches bei Uebertretungen zu verneinen sei. Der gänzliche Ausschluss der Versuchsstrafe bei Uebertretungen und die enumerative Bestrafung versuchter Vergehen ist vielmehr aus Zweckmässigkeit vorgesehen worden. Für „Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens" könnte somit ebensogut in das Gesetz eingesetzt werden: „Anfang der Ausführung einer strafbaren Handlung". Diese Umdeutung hat den Zweck, den Nachweis zu ermöglichen, dass der Wortlaut das Gesetzes „Anfang der Ausführung" auf alle vom Gesetz mit Strafe bedrohten Tatbestände müsste zur Anwendung gebracht werden können, wenn man die Absicht des Gesetzgebers, einen Begriff des Versuches zu schaffen, bejahen wollte. Die begriffliche Festlegung würde etwa zu lauten haben: Versuch einer strafbaren Handlung liegt vor, wenn ihre Ausführung begonnen, ihre Vollendung aber nicht herbeigeführt worden ist. Insoweit das Gesetz seine Strafdrohung an den Eintritt eines Erfolges knüpft, spricht Cohn[6]) von materiellen, insoweit ihm eine Handlung des Täters genügt von formellen Verbrechen oder, anders ausgedrückt, bald bedingt ein Erfolg, bald nur eine durch ein Verhalten zur Erscheinung gebrachte verbrecherische Gesinnung die Vollendung eines Verbrechens. Das Ergebnis dieser Erörterungen ist folgendes: Wollte der Gesetzgeber mit § 43 RSTGB einen Versuchsbegriff aufstellen, der schlechterdings nicht anders festgelegt werden könnte, als es oben geschehen ist, so entstünde die Folge, dass überhaupt nur die sogenannten formellen Verbrechen, nicht aber auch die sogenannten materiellen Verbrechen als Versuch in Erscheinung treten könnten; denn es kann nur eine zeitlich mit Anfang und Ende begrenzte Handlung, also etwa der Meineid, nicht aber ein in einen Augenblick zusammengedrängtes Ereignis, also etwa die Tötung, begrifflich begonnen oder beendigt werden. Die sorgfältige Beweisführung Cohns, die auf dieses Ergebnis

4) Mittermaier, GS. 1859, S. 209 ff.
5) Motive des revidierten Entwurfes II, S. 53, und von 1869 (Juli, S. 85).
6) Cohn, a. a. O., zur Lehre v. versuchten u. unvollend. Verbrechen. S. 19, ff.

abzielt, kann hier nicht wiedergegeben werden[7]). Wir wollen vielmehr nur noch die Tatsache zu Hilfe nehmen, dass der Gesetzgeber sich bei der Fassung des § 43 RSTGB einer Bestimmung über die Strafbarkeit des sogenannten untauglichen Versuches völlig enthalten hat und uns damit bei der wohl nicht mehr bestrittenen Behauptung beruhigen, dass er einen erschöpfenden Begriff des Versuches nicht aufgestellt hat; er wollte nur strafbare von nicht strafbaren Versuchshandlungen abgrenzen und im übrigen die Strafbarkeitsmerkmale des Versuchs angeben. Hätte er, wie es im § 31 des Preussischen Strafgesetzbuches der Fall war, eine Begriffsbestimmung des Versuches geben wollen, so wäre eine Abänderung dieser Vorschrift, aus der der § 43 des RSTGB herausgewachsen ist, völlig unbegründet gewesen; er hat vielmehr den Versuchsbegriff als bekannt vorausgesetzt[8]) und die Frage nach der Unterscheidung zwischen strafbarem und nicht strafbarem Versuch der Wissenschaft zur Erörterung überlassen.

Bevor wir auf die einzelnen, im Ergebnis gegensätzlichen Haupttheorien, die die Wissenschaft hiebei vertreten hat, zu sprechen kommen, erscheint es zweckmässig, auf Grundgedanken hinzuweisen, die allen Theorien gemeinsam sind, und die deshalb mit gutem Gewissen als feststehend angesehen werden können:

1. Daseinsvoraussetzung für den Begriff „Versuch" ist ein Erfolgswille (dolus). In den Fällen, in denen das Gesetz ein unbeabsichtigtes rechtsgüterverletzendes Verhalten (culpa) zur Bestrafung genügen lässt (z. B. §§ 222, 230 RSTGB), ist Versuch undenkbar: Versuch und Fahrlässigkeit schliessen sich aus.
2. Der noch nicht nach aussen durch Handlung in Erscheinung getretene Erfolgswille, also der Gedanke, den wir als das erste Stadium der Versuchshandlung bezeichnen wollen, ist strafrechtlich ebenso unerheblich, wie er für das menschliche Erkenntnisvermögen unerfassbar ist.
3. Wesensmerkmal für den aus dem begrenzten, allgemein menschlichen Beurteilungsvermögen der Verursachung entstandenen Begriff „Versuchen", ist Unvorhersehbarkeit des Erfolges. Die Handlung, die Versuch bleibt, kennzeichnet sich innerlich durch einen quantitativen Unter-

7) Cohn, a. a. O. S. 23 ff., S. 30.

8) Hiezu Oppenhoff, a. a. O. § 43, Anm. 9, 15; Berner, a. a. O., § § 102, 103; Schwarze im Holtzendorff'schen Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 2, S. 279; ausserdem Cohn, Die Revisionsbedürftigkeit d. heutigen Versuchsbegriffes, Str. A. 1916, S. 1, 2 u. zur Lehre vom Versuch und unvollendetem Verbrechen, S. 32 ff., S. 46.

schied zwischen tatbestandsmässiger und tatsächlich eintretender Folge[9]). Dabei stimmen wir mit Cohn[10]) darin überein, dass bei dieser Unterscheidung nicht Wille und Tat, sondern Wille und tatsächliches Geschehen einander gegenübergestellt werden müssen; denn die Tat selbst entspricht dem Willen, nur der Erfolg der Tat kann von dem Willen abweichen. —

Zwei weitere Gesichtspunkte, nämlich die Frage nach der Rolle, die der Irrtum spielt, und ferner die Erkenntnis, dass weder das Willensmoment noch das Tatmoment für sich allein die Strafbarkeit des Versuches bedingen könne, dürfen wir jedoch nicht etwa deshalb als feststehende Grundmerkmale aufstellen, weil sie in allen Streitlagern Gegenstand der Erörterung gewesen sind. Beim Irrtum besteht höchstens Einigkeit darüber, dass sein Verhältnis zum Versuch erörtert wird, nicht aber etwa darüber, ob sein Vorhandensein als Wesensmerkmal verneint oder bejaht werden müsse, oder ob er nur für den tauglichen, nicht aber auch für den untauglichen Versuch Voraussetzung sei[11]). Indessen führt uns die Tatsache, dass die Frage nach dem Wert von Wille und Erfolg im Verhältnis zum Versuch bei allen Streitsteilen ausnahmsweise wiederkehrt zum Kern des ganzen Meinungsstreites, nämlich zu der Frage, in welches Verhältnis Willensmoment und Tatmoment bei der Aufstellung des Versuchsbegriffes gebracht werden müssen.

2. Geschichtliche Entwicklung der Streitfrage.

Alle Theorien haben zur Festlegung ihrer Grundeinstellung über das Wesen des Versuches nach schon vorhandenen Anschauungen, die den richtigen Weg weisen könnten, Umschau gehalten. Deshalb wird jetzt an Hand einer Skizze über drei besonders aufschlussreiche Stadien der geschichtlichen Entwicklung der Streitfrage auf die Ansichten der römischen Juristen, der italienischen Praktiker und der deutschen Ju-

9) Z. B. Hälschner, a. a. O., I, S. 171; Geyer, a. a. O., S. 47, Schwarze, a. a. O., S. 112.

10) Cohn, a. a. O., S. 106, Zur Lehre von versuchten und unvollendeten Verbrechen, und Binding, die Normen und ihre Uebertretung, II, S. 164—167, stossen sich an der Fassung: Versuch bedeute ein: „Uebergreifen des Willensmomentes über das Tatmoment".

11) Hälschner, a. a. O., S. 186 bezeichnet den Irrtum als „falsche Berechnung des Kausalzusammenhanges zwischen Handlung und Erfolg". Nach Pfotenhauer, S. 4 ff. beruht er auf einer „mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmenden Voraussetzung des Täters". Lammasch, a. a. O., S. 28 unterscheidet zwischen Irrtum beim tauglichen und untauglichen Versuch; Häberlein endlich GS 1865, S. 31 warnt richtigerweise vor der Verwechslung zwischen Irrtum und Unberechenbarkeit des Zufalles.

risten der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. über die Strafbarkeit des Versuches kurz eingegangen:

A. Das römische Recht bestraft nur vollendete Verbrechen[1]). Damit ist die Frage, ob ihm der Begriff des Versuches geläufig war, bereits beantwortet. Jedoch hat es in der Strafwürdigkeit von angefangenen und vollendeten Verbrechen[2]) tatsächlich Unterschiede gemacht. Ein Grundsatz ist hier insofern erkennbar, als das Gesetz bei denjenigen Verbrechen, die wir oben als materielle Verbrechen bezeichnet haben, den Begriff der Vollendung festlegte, während bei denjenigen, die wir formelle Verbrechen genannt haben, die Frage des Eintrittes oder Nichteintrittes einer Rechtsverletzung entscheidend war. Der römische Gesetzgeber hat sämtliche Handlungen, die er für strafbar erachtet hat, genau bezeichnet. Das Vorhandensein eines allgemeinen Grundsatzes für Unterschiede in der Strafbarkeit hätte diese Aufzählung überflüssig gemacht. Ein von den Subjektivisten für die Richtigkeit ihrer Rechtsauffassung angeführter Ausspruch des Kaiser Hadrian: in malificiis voluntas spectatur, non exitus[3]), der sich nur auf den Strafgrund einzelner Gesetze bezogen hat, darf nicht als Festlegung eines allgemeinen Grundsatzes, angesehen werden. Hätte das Legisactionen-System mit diesem Grundsatz gearbeitet, dann hätte es seine genaue Aufzählung der strafbaren Tatbestände ins Unmögliche erweitern müssen. Vielmehr enthält der Satz: Poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel alio iure specialiter huic delicto imposita est[4]) das Wesentliche des römischen Strafrechtssystems. Das römische Recht kennt keine einheitliche Bestrafung von Verbrechen mit den Merkmalen unseres heutigen Versuches. Wenn daher einzelne römische Rechtsgelehrte in Fällen, die den Charakter unserer heutigen untauglichen Versuchshandlungen an sich tragen, teils für Bestrafung, teils dagegen eingetreten sind, so kann daraus noch keine Grundtendenz ersehen werden, da eben, wie betont, von Fall zu Fall die Frage einer Rechtsverletzung bejaht oder verneint wurde. Interessieren kann höchstens, ob etwa z. B. Pomponius einen, der eine fremde Sache nur vermeintlich gegen den Willen des Eigentümers in Gebrauch nimmt[5]), wegen der Betätigung eines verbrecherischen Willens be-

1) Hiezu Lammasch, a. a. O., S. 2, Mommsen, a. a. O., S. 95 ff., Zachariä, a. a. O., S. 105 ff., Baumgarten, a. a. O., S. 5 ff., Seeger, a. a. O., S. 1 ff.
2) Ebenso Mommsen, a. a. O., S. 95 ff.
3) l. 14. D. ad. leg. Corn. 48, 8.
4) l. 1. § 3, D. 48, 8. (Rescript d. Kaisers Hadrian).
5) l. 46 § 8, D. de furtis 47, 2.

strafen will, oder ob etwa Ulpian[6]), der sich gegen diese contra iuris regulam[7]) gehende Bestrafung wendet, einen objektiven rechtserheblichen Erfolg verlangte. Wir sind der Ansicht, dass es Ulpian allein auf die dem Actionensystem zugrundeliegende regula iuris und nicht darauf ankam, ob, mit modernen Worten gesprochen, das Willensmoment oder das Tatmoment überwiege; die römischen Gesetze haben in ihrem enumerativen Charakter keine derartige Ausdehnung vertragen. Unter diesen Umständen kann nach unserer Ansicht weder die subjektive noch die objektive Theorie sich auf die Gesellschaft des römischen Rechtes berufen.

B. Ob die italienischen Praktiker „im Gegensatz zu den Römern" sich tatsächlich „zu einer richtigen Abstraktion des Versuchsbegriffes im philosophischen Sinn erhoben"[8]), oder ob sie nur das nicht mehr geltende römische Recht umgeformt haben und damit ohne eigenes Verdienst zur Aufstellung des Satzes qui cogitavit et egit nec perfecit conatus delinquendi punitur gelangt sind[9]), ist wohl gleichgültig. Fest steht, dass dieser Satz von den italienischen Praktikern bis zur Peinlichen Gerichtsordnung gelehrt wurde, und dass er mit Entschluss, Betätigung des Entschlusses und Mangel der Ausführung wesentliche Merkmale enthält, die in unserem heutigen Recht als dem Versuch eigentümlich wiederkehren. Dabei wird bei Beurteilung der Strafwürdigkeit davon ausgegangen, dass das der Vollendung gegensätzliche Versuchsmerkmal der mangelnden Vollendung dem Täter nicht zugute gehalten werden könne: die Strafbarkeit des Versuches ruht auf der Tatsache der verbrecherischen Willensäusserung. Die enge Anlehnung der italienischen Praktiker an das römische Recht geht ferner aus der Art hervor, wie sie in der Erkenntnis der Einschränkungsbedürftigkeit ihres Versuchsbegriffes sich dadurch zu helfen suchten, dass sie einmal crimina leviora von der Strafbarkeit ausschieden, und dass sie ferner einen Unterschied machten zwischen Handlungen, bei denen der Erfolg nicht möglich war und solchen, bei denen der Täter den Erfolg nicht wollte; diese waren straffrei, jene wurden bestraft[10]). Hier ist die Grundlage für die Ent-

6) § § 10 u. 11, I. 43. D. 47, 2.
7) Justinian: § 8, J. 4, 1 u. l. 20.
8) Baumgarten: a. a. O., S. 81.
9) Cohn GS. 1916. 192/20; im übrigen Zachariä, a. a. O., I. S. 98, II, S. 138 Anm. 3.
10) l. 19 pr. D. de leg. Corn. de fals. 48/10. Siehe hiezu auch v. Bar a. a. O., S. 496 ff., Baumgarten, a. a. O., S. 88 ff., Luden, a. a. O., S. 398 ff., (Abhandl. a. d. gemeinen deutschen Strafrecht I).

stehung des Problems „untauglicher Versuch", das sich bemerkbar machen musste, sobald man genötigt war, in der Praxis mit einem Versuchsbegriff zu arbeiten. Hier liegt auch die Unterscheidung zwischen Vorbereitung und Ausführung, zwischen strafbarem und straffreiem Versuch begründet; hiebei ist besonders interessant, dass der strafbare Versuch durch seine Erfolgsnähe (conatus proximus; actus, qui . . . . tendit ad consummationem affectus) gekennzeichnet wurde[11]).

C. Auf der Lehre der italienischen Praktiker ruht die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Kein Wunder, dass wir in ihr die Grundgedanken der italienischen Lehre wiederfinden, die den „bösen Willen" und die „unterstandene Missetat" bestraft[12]), und die die Strafwürdigkeit einer Handlung bei Verhinderung des Erfolges durch ausserhalb der Einwirkungsmöglichkeit des Täters liegende Kräfte bejaht, und die sie verneint, wenn der Täter selbst den Eintritt des Erfolges verhindert hat. Ihrem Verfasser Schwarzenberg muss zwar die Vervollkommnung der italienischen Lehre und insbesondere die Unterscheidung zwischen strafbaren und nicht strafbaren Versuchshandlungen zugute gehalten werden, jedoch können wir in der „unterstandenen Missetat" und in den „scheinlichen Werken", „die zur Vollbringung dienlich sein mögen", eine „Einführung des Versuchsbegriffes in die Rechtswissenschaft" und insbesondere den „Hinweis auf die systematische Stellung des Versuches als selbständige Verbrechensnorm"[13]) nicht erblicken. Daraus folgt, dass der P.G.O. auch eine begriffliche Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch noch fremd war[14]). Die Ansicht einiger Vertreter der objektiven Theorie, dass die „scheinlichen Werke . . ." zum Nachweis einer objektivistischen Einstellung der P.G.O. herangezogen werden könnten, scheint uns der aus der geschichtlichen Entwicklung sich ergebenden grundsätzlichen Einstellung der P.G.O. zu widersprechen[15]).

Es ist allerdings begreiflich, dass die Auffindung des tiefliegenden Problems „untauglicher Versuch" „am Ende einer langen wissenschaftlichen Entwicklung" liegen musste[16]),

11) Seeger, a. a. O., S. 42 ff.
12) P. G. O., Art. 178; hiezu Pfotenhauer, S. 161 ff., Luden S. 425. ff.
13) Baumgarten, a. a. O., S. 112.
14) Ebenso Cohn, Die Revisionsbedürftigkeit des heutigen Versuchsbegriffes, STRA. 192/27.
15) Ebenso Seeger, a. a. O., S. 44; Pfotenhauer, a. a. O., S. 189 ff.
16) Baumgarten, a. a. O., S. 41.

dass also erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts durch Feuerbach das Problem des untauglichen Versuches erkannt und damit zur Streitfrage erhoben wurde[17]). Nach einer Lösung des Problemes suchen wir noch heute vergeblich; ja es scheint, als ob wir als konkretestes Ergebnis der Arbeit, die sich die Lösung des Problems zum Ziel gesetzt hat, die nüchterne Erkenntnis feststellen müssen, dass eine sichere Lösung der Frage überhaupt nicht möglich ist[18]). Deshalb glauben wir auch, das Ziel dieser Arbeit nicht höher stecken zu dürfen, als nach der Auffindung des „richtigen Ausgangspunktes und der sachgemässen Abgrenzung" für die wesentlichen Erscheinungsformen des untauglichen Versuches, nämlich für den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Gegenstand. Unser Weg dahin muss uns an einer Auseinandersetzung mit den Grundgedanken der wichtigsten Theorien vorbeiführen.

3. Die Versuchstheorien.

A. Die subjektive Theorie.

Die subjektive Theorie leitet ihre Grundsätze aus dem Versuchsbegriff ab, den die italienischen Praktiker durch Umformung der Glosse aufgestellt hatten, und den Schwarzenberg in der P.G.O. als „die straff der unterstandenen Missetat" kennzeichnet[1]): die Strafbarkeit des Versuches rechtfertigt sich aus dem Dasein eines verbrecherischen Willens, der durch Betätigung nach aussen in Erscheinung getreten sein muss. Dem Versuch wesentliche Merkmale sind der verbrecherische Entschluss, die Betätigung dieses Entschlusses und das Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolges.

a) Als konsequentester Vertreter der subjektiven Theorie wird allgemein mit Recht von Buri genannt. Deshalb wird seine Lehre in ihren Grundzügen hier dargelegt:

Das Gesetz reagiert auf nichts anderes, als auf den verbrecherischen Willen[2]). Natürlich ist die Voraussetzung für eine Gegenwirkung des Gesetzes die Erkennbarkeit dieses Willens, d. h. Gedanken sind noch immer zollfrei, weil sie dem allgemein menschlichen Erkenntnisvermögen entzogen sind. Nur der nach aussen durch Betätigung in Erscheinung getretene, also der gleichsam materialisierte verbrecherische Wille ist vom Gesetz erfassbar. Deshalb kann auch für Buri, der sich aus

17) Feuerbach, Kritik des kleinschrodischen Entwurfes I, S. 56, ff.
18) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1926,
1) Art. 178 P. G. O.
2) v. Buri, GS. 1867, S. 71.

einem Geständnis ergebende Nachweis für das Dasein eines verbrecherischen Willens nicht zur Bestrafung genügen[3]). Das vollendete Verbrechen bestimmt sich damit als in der Aussenwelt auf Grund von Handlungen erkennbar gewordener, d. h. „objektivierter" verbrecherischer Wille. Daraus ergibt sich die folgerichtige, aber groteske Definition: Versuch ist nichts anderes als ein vollendetes Verbrechen[4]). Damit scheidet die strafrechtliche Berücksichtigung der nicht beendigten Versuchshandlung aus, ebenso wie eine Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Untauglichkeit von Mittel oder Gegenstand und zwischen tauglichem und untauglichem Versuch überhaupt. Wir haben betont, dass die Buri'sche Lehre die subjektive Theorie am folgerichtigsten vertritt. Wir werden aber sehen, dass völlige Folgerichtigkeit sie mit dem natürlichen Rechtsempfinden in Zwiespalt bringen musste, und dass in dieser Erkenntnis auch Buri inkonsequent wurde. Der verbrecherische Wille ist zweifellos im Sinn Buri's „objektiviert", wenn der Täter mit absolut untauglichen Mitteln gegen ein absolut untaugliches Objekt oder ebensogut gegen ein überhaupt nicht vorhandenes Objekt tätig wird, wenn er aus Aberglauben oder aus religiösem Wahn heraus an einen Erfolg glaubt. Dabei müsste dieser Erfolg nicht einmal wirklich tatbestandsmässig sein, sondern es genügte, dass er es in der Vorstellung des Täters wäre. Buri musste hier die Unzulänglichkeit seiner Lehre fühlen. Die strafrechtliche Unerheblichkeit von Handlungen der soeben genannten Art versuchte er daher wieder unter möglichster Aufrechterhaltung der Folgerichtigkeit dadurch zu erklären, dass er von nicht genügend objektiviertem Willen sprach, von einem Willen, der keinen „angemessenen Ausdruck in der Aussenwelt" gefunden hat[5]). Selbst zweifelnd an seiner Begriffsbestimmung, verbesserte er sich endlich dahin, dass der Wille dann zweifellos als genügend objektiviert angesehen werden müsse, wenn der Täter in einem Irrtum über die Tauglichkeit des Mittels oder die Erreichbarkeit des Gegenstandes befangen gewesen sei. Durch diese Korrektur würde jedoch wiederum die für das natürliche Rechtsempfinden selbstverständliche strafrechtliche Unerheblichkeit von Fällen wie etwa des Totbetens nicht getroffen. Warum hat Buri die Möglichkeit, die ihm seine eigene Theorie zur Nichtbestrafung solcher Fälle geboten hätte, nämlich einfach die Verneinung einer Objektivierung

3) v.Buri, GS. 1880, S. 324, ZSTRW I, 1881, S. 205.
4) v. Buri, GS. 1880, S. 323
5) v. Buri, GS. 1868, S. 330.

des Willens, nicht ergriffen und sich hier der allerdings sehr schwierigen Aufgabe unterzogen, im Gegenteil einen Nachweis für eine doch erkennbare Objektivierung des Willens zu versuchen? Es liegt auf der Hand, dass der nach Buri strafwürdige Wille des Totbeters in der Aussenwelt selten anders feststellbar sein wird, als durch das Geständnis. Wo sollte also Buri hier mit seinem Nachweis der Objektivierung des Willens einsetzen, wenn er seiner eigenen Anschauung über die Unzulänglichkeit des Geständnisses treu bleiben wollte? Und wie wollte er ohne dieses Hilfsmittel in solchen Fällen begreiflich machen, dass er etwas anderes bestrafe, als den Gedanken an und für sich?

b) Trotzdem wir die Buri'sche Lehre als die reinste Vertreterin der subjektiven Theorie, nicht anerkennen können, wollen wir uns über die Brauchbarkeit der subjektiven Theorie als solcher nicht eher schlüssig machen, als wir nicht auch die Lehre eines ihrer gemässigteren Vertreter und zwar Lammasch's einer kurzen Betrachtung unterzogen haben.

Lammasch betritt den Weg, der ihn zur Lösung der Frage nach dem Strafgrund führen soll, beim Zweck der Strafe, den er in der Sicherung der Gesellschaft und damit auch in der Verhütung künftiger Angriffe gegen sie erblickt[6]). Strafwürdig ist für ihn nicht nur „das Verhalten, das tatsächlich für den vom Staat zu verhindernden Erfolg kausal ist", „sondern auch jenes, das dem Täter nur kausal schien, ohne es wirklich zu sein"[7]). Erkennt er grundsätzlich die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen tauglichen und untauglichen Versuchshandlungen an, so hält er die Lösung der Frage nach der Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen von der Beurteilung des Strafzweckes aus für möglich. Wenn also das wirklich oder nur nach der irrtümlichen Vorstellung des Täters für ein gesellschaftsgefährliches Ereignis kausale Verhalten das eigentlich Strafwürdige ist, dann hat sich die Strafdrohung überhaupt nur gegen die Wurzel des Uebels, nämlich gegen das Anstreben des Erfolges, das Versuchen, zu richten. Hat der Täter bei der Verfolgung seines verbrecherischen Zieles alle menschenmöglichen Bedingungen gesetzt, die erfahrungsgemäss zur Herbeiführung des Erfolges notwendig sind, dann ist sein Wille ausgeschaltet von dem Einfluss auf die Geschehnisse, dann wird vielmehr die natürliche Verursachung ohne sein Zutun zwangsläufig das Eintreten des Er-

6) Lammasch, a. a. O., S. 51.
7) Lammasch, a. a. O., S. 54.

folges bewirken[8]). „Nur das Bewirken wollen, nur das Versuchen, als das allein Psychische an der Tat ist es, was der Staat mit psychischen Mitteln" bekämpft. Damit ist unter Gleichsetzung von Bewirkenwollen und Versuch der Wille zur Grundlage für die Strafbarkeit erhoben, eine These, die an der Abstraktheit der Strafvoraussetzung scheitern und Lammasch zum Widerspruch mit sich selbst zwingen musste dadurch, dass er die Strafvoraussetzung als „Verwirklichung des verbrecherischen Vorsatzes" motivierte. Wo also ursprünglich das Anstreben des Erfolges als strafbegründend angesehen wurde, da wird jetzt der Erfolg selbst als Voraussetzung für die Strafbarkeit gesetzt: „Solange der Täter in seinem Tun noch nicht bis zu dessen Ende fortgeschritten ist, vermag er noch immer, bestimmt durch die Macht des Gesetzes, einzuhalten, in welchem Fall es dann aber noch gerade in demselben Mass an einer zureichenden Ursache des rechtswidrigen Erfolges fehlt, als wenn er gar nicht angefangen hätte tätig zu sein"[9]). Damit sind Vollendung und beendigter Versuch der Strafdrohung unterstellt, während der nicht beendigte Versuch straffrei gelassen wird. In der Erkenntnis, dass aus dem von ihm selbst aufgestellten Gesichtspunkt der Verhütung künftiger Angriffe auf die Gesellschaft heraus auch der nicht beendigte Versuch von der Strafdrohung erfasst werden müsse, schuf Lammasch für seine Lehre den Begriff der Vermutung der Vollendung; er gelangt so zur Bestrafung jedes, also auch des nicht beendigten Versuches, ohne für das Strafmass die Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch gelten zu lassen[10]). Fälle, in denen der Täter ohne Zweifel nach seiner Ueberzeugung sämtliche, in seiner Macht stehende Bedingungen für den Erfolg gesetzt hat, bei denen aber die angewandten Mittel unter keinen Umständen in natürlicher, ausserhalb der Einwirkungsmöglichkeit des Täters liegender Verursachung den Erfolg herbeiführen können, lässt Lammasch straflos mit keiner anderen Begründung, als der, dass hier von einem untauglichen Versuch überhaupt nicht gesprochen werden könne[11]). Da jedoch auch in solchen Fällen das Vorhandensein eines verbrecherischen Willens bejaht werden muss und damit Lammasch in folgerichtiger Anwendung seiner Lehre hier ebenso strafen müsste wie in allen anderen Versuchsfällen, erkennen wir, dass seine

8) Lammasch, a. a. O., S. 51.
9) Lammasch, a. a. S., S. 69.
10) Lammasch, a. a. S., S. 25.
11) Lammasch, a. a. O., S. 77.

Lehre nicht zu einer für die Praxis und das natürliche Rechtsempfinden befriedigenden Lösung führen kann.

c) Wir haben uns darauf beschränkt, die Grundzüge der subjektiven Theorie an Hand zweier Lehren darzulegen, deren eine uns als Vertreterin ihrer extremsten Auslegung, und deren andere uns als Vertreterin einer gemässigteren Richtung typisch erschien. Trotzdem wir, entsprechend dem Zweck dieses Teiles der Arbeit, nämlich der Erörterung der wichtigsten Auslegungsformen, die der untaugliche Versuch im Meinungsstreit der Wissenschaft gefunden hat, folgerichtigerweise nicht auf die Praxis zu sprechen kommen dürften, scheint es uns doch im Anschluss an die Besprechung der subjektiven Theorie notwendig, die auf der Buri'schen Lehre fussende Rechtssprechung des Reichsgerichts einer kurzen Betrachtung zu unterziehen. Wir greifen zu diesem Zweck die wichtigsten einschlägigen Entscheidungen heraus.

Grundlegend für die subjektivistische Einstellung des R.G. ist die schon oben einmal erwähnte Plenarentscheidung vom 25. V. 1880[12]). Sie ruht auf einer Erwägung, die wir auch bei Lammasch gefunden haben, und die besagt, dass das Gesetz bei Bestrafung des Versuches sich gegen nichts anderes richte, als gegen die Aeusserung eines verbrecherischen Willens, während es im Gegensatz hiezu bei der Vollendung den aus dem verbrecherischen Willen hervorgegangenen tatbestandsmässigen Erfolg mit Strafe bedrohe. Auf diesem Weg musste das Reichsgericht zur Bestrafung des Versuches mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Gegenstand kommen. Die Unterscheidung, wonach das Gesetz beim Versuch nur auf den Willen, bei der Vollendung nur auf den Erfolg reagiere, ist zunächst mit der Tatsache widerlegbar, dass das Gesetz bei der Bestrafung vollendeter Delikte auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des verbrecherischen Willens nicht weniger reagiert, als beim Versuch; denn es macht Unterschiede zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Herbeiführung eines Erfolges. Da der verbrecherische Wille beim Versuch ebenso in die Wagschale fällt wie bei der Vollendung, ist es verfehlt, aus der Berücksichtigung des verbrecherischen Willens durch das Gesetz den Grund für die verschiedenartige Bestrafung von Versuch und Vollendung abzuleiten. Dass das Gesetz noch andere Gründe für die Strafbarkeit des Versuches im weitesten Sinn kennt, ergibt sich überdies einmal aus § 44 RSTGB, der erkennen lässt, dass die Strafmilderung ihren Grund nur in der „nicht erfolgten Rechtsverletzung, nicht im psychischen Zustand des Täters

12) RGStr. I, S. 439 ff.

haben kann“ [13]) und weiter aus § 46, Abs. 2, wo die Verhinderung des „zur Vollendung gehörigen Erfolges“ die an sich schon verwirkte Strafe wieder aufhebt. Im Vorhandensein des verbrecherischen Willens allein kann somit unter keinen Umständen die einzige gesetzliche Grundlage für die Strafbarkeit einer untauglichen Versuchshandlung erblickt werden.

Die Begründung des Urteils vom 10. VI. 1880 [14]), das zur Bestrafung eines Falles des Versuchs am untauglichen Gegenstand geführt hat, muss aus denselben Gründen abgelehnt werden. Die Selbstverständlichkeit, mit der das R.G. in dieser Entscheidung die Behauptung zum Grundsatz erhebt, dass „für den Versuch im Gegensatz zur Vollendung nur die Vorstellung des Täters, welche die Ausführung des Entschlusses veranlasste, entscheidend sei“, hat begreifliche Befremdung in der Rechtslehre verursacht [15]). Die Behandlung eines Falles des sogenannten abergläubischen Versuches (siehe unten) führte das Reichsgericht ebenso zu einem Ergebnis, das den Grundsätzen der subjektiven Theorie nicht gerecht wird. Die Motivierung, die das R.G. dem subjektivistischem Gedankengang hiebei hat angedeihen lassen, ist kaum vereinbar mit der Lehre Lammasch's und völlig unvereinbar mit der Buri'schen Lehre. Der abergläubische Versuch wird in der Entscheidung des R.G. vom 21. VI. 1900 [16]) als „Vornahme von Handlungen, die immaterielle Kräfte zum Zwecke physischer Wirkungen erregen sollen“, gekennzeichnet. Soweit der Wortlaut der Entscheidungsgründe für die Einstellung des R.G. bezeichnend ist, geben wir ihn wieder: „Man kann von der Frage, ob dies überhaupt möglich sei, ganz absehen; denn jedenfalls ist die Existenz der hier fraglichen Kräfte nicht beweisbar, sondern lediglich dem Glauben oder Aberglauben, der Vorstellung oder dem Wahn angehörig; sie können, als nicht in der wissenschaftlichen Erkenntnis und Erfahrung des Lebens begründet, vom Richter nicht als Quelle realer Wirkungen anerkannt werden, sondern sind in rechtlicher Beziehung weder als taugliche, noch als relativ oder absolut untaugliche, d. h. überhaupt nicht „als Mittel“ zur Herbeiführung irgend welcher Aenderungen in der Welt des Tatsächlichen anzusehen. So wenig der noch im Innern des Menschen verschlossene böse Wille Gegenstand des Strafrechtes ist, ebensowenig können solche Handlungen als strafbare Aeusserung desselben gelten, die völlig sowohl aus-

13) Ebermeyer, a. a. O., § 43, Anm. 3, Abs. 2, ebenso Mayer, a. a. O., S. 368.
14) RGStr. 1, S. 451.
15) Rosenberg, a. a. O., S. 686.
16) RGStr. 33, S. 321.

serhalb der physischen als auch der psychischen Kausalität liegen." Diese zutreffende Anschauung des Reichsgerichts widersetzt sich unter dem Druck des natürlichen Rechtsempfindens der Buri'schen Lehre, die zur Strafbarkeit nicht mehr und nicht weniger fordert als den durch Betätigung für die Aussenwelt erkennbar gewordenen, objektivierten verbrecherischen Willen. Durch die dem soeben erwähnten Urteil zugrundeliegende feierliche Beschwörung des Teufels, der nach der zuversichtlichen Hoffnung der Ehefrau den Ehemann holen soll, ist der Wille zum erhofften Erfolg nach aussen in Erscheinung getreten. Mehr, also insbesondere die tatsächliche Erfolgstüchtigkeit und die Tauglichkeit eines, wenn auch noch so seltsamen Mittels zum Zweck, ist der folgerichtigen subjektiven Theorie völlig gleichgültig. Wir sehen, dass auch das R.G. ihr untreu werden musste, wollte es nicht Entscheidungen fällen, die das natürliche Rechtsempfinden nicht befriedigt hätten.

Auch die Begründung endlich, die das R.G. im Urteil vom 3. XII. 1908 [17]) zum Erkenntnis der strafrechtlichen Unerheblichkeit eines Wahnverbrechens führt, ist logisch ebenso zutreffend, wie mit der folgerichtigen subjektiven Theorie unvereinbar. Allerdings muss „der tatsächliche Irrtum, ebenso wie er nach § 59 RSTGB zugunsten des Täters die Schuld ausschliesst, auch umgekehrt zu Ungunsten des Täters Beachtung finden, wenn er zur Annahme eines in Wirklichkeit nicht vorhandenen Tatbestandserfordernisses führt"; jedoch ist mit dieser richtigen Ueberlegung die Tatsache nicht aus der Welt geschafft, dass auch der Wahnverbrecher seine Bereitschaft zur Auflehnung gegen die zum Schutz der Gesellschaft vorhandene Rechtsordnung durch Handlungen offenbart; er objektiviert seinen Willen sogar so vollständig, dass eine abgeschlossene, mit dem Erfolg gekrönte Tat zustande kommt. Die folgerichtige subjektive Theorie müsste hier bestrafen, und zwar nicht wegen Versuchs, sondern wegen Vollendung [18]).

Eine Theorie, die ohne Beugung ihrer starren Grundgedanken dem natürlichen Rechtsempfinden widerstreitende Ergebnisse zur Folge hat, ist vielleicht logisch in sich folgerichtig, aber sie ist nicht imstande, der Praxis brauchbare Richtlinien zu geben. Abgesehen davon ist die Bestrafung des untauglichen Versuches auf Grund des der subjektiven Theorie allein massgebend erscheinenden Willensmomentes mit der Einstellung des RSTGB nicht vereinbar.

17) RGSTR. 42, S. 92.
18) Siehe Ebermeyer, a. a. O., § 43, Anm. 11, Abs. 1.

Das Gesetz verlangt als äusseren Verbrechenstatbestand allerdings Handlungen, „die eine Betätigung, eine Manifestierung des Entschlusses, ein Verbrechen oder ein Vergehen zu verüben, sind“ [19]); aber diese Handlungen müssen auch „einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten“. Von diesem Wortlaut aus schliesst Ebermeyer auf die objektive Einstellung des Gesetzes: das Gesetz legt Gewicht darauf, dass die Handlungen des Täters tatsächlich und nicht nur nach seiner Vorstellung einen Anfang der Ausführung enthalten. Die subjektive Theorie steht ferner im Widerspruch mit dem sonst, also ausserhalb des Versuchsgebietes, überall im Gesetz wiederkehrenden Grundsatz, der zur Bestrafung einer menschlichen Handlung eine objektive Verletzung eines Rechtsgutes und nicht nur den verbrecherischen Vorsatz verlangt. Es besteht kein Grund zur Annahme, dass das Gesetz den Strafgrund für die Verbrechensform des Versuches an ganz andere, seinem allgemeinen Grundsatz widersprechende Voraussetzungen knüpfen wollte; bestraft wird vielmehr beim Versuch die in der Art der verbrecherischen Betätigung begründete Befürchtung einer Verletzung der Rechtsordnung. Wo ist das staatliche Rechtsschutzinteresse in den Fällen, in denen ein verbrecherischer Wille zwar durch Handlungen für die Aussenwelt erkennbar geworden ist, in denen aber diese Handlungen unter keinen Umständen den Beweis dafür erbringen können, dass nur durch Einschreiten des Gesetzes der offenbar gewordenen Gefahr begegnet werden könne?[20]) Nur von diesem Standpunkt aus ist auch der Grund für die geringere Bestrafung des Versuches im Vergleich zur Vollendung einzusehen.

B. Die objektive Theorie.

Nachdem wir zur Ablehnung der einseitigen subjektiven Theorie gekommen sind, wenden wir uns jetzt einer Betrachtung der objektiven Theorie zu, um zu prüfen, ob wir uns mit ihren Grundsätzen besser befreunden können, trotzdem uns ihr Ergebnis, nämlich die grundsätzliche Verneinung der Strafbarkeit sämtlicher sogenannter untauglicher Versuchshandlungen, noch unbefriedigender erscheint als das Gegenteil.

Der wesentliche, bei allen ihren Hauptvertretern wiederkehrende Grundgedanke ist der, dass zum strafbaren Versuch der Eintritt einer objektiven Gefahr gehöre. Strafgrund ist

19) RGSTR. 38, S. 174, Ebermeyer, a. a. O., § 43, 5.
20) Vergl. Ebermeyer, a. a. O., § 43, Anm. 3; Feuerbach, Lehrbuch 4. 1808; Delaquis, a. a. O., S. 64, Stienen, Z. Str. W. 46, S. 24.

beim Versuch die Gefährdung eines Rechtsgutes, an dessen Schutz der Staat Interesse hat. Der Gedanke der objektiven Gefährlichkeit stammt von Feuerbach[1]), den die objektive Theorie aus diesem Grund als ihren Begründer betrachtet; indessen hat er zwar das Moment der objektiven Gefährlichkeit sehr wohl als wesentliches, nicht aber als einziges die Strafbarkeit begründendes Merkmal angesehen, ebensowenig wie er mit der Gleichsetzung von objektiver Gefahr und Kausalzusammenhang einen konkreten Kausalzusammenhang zwischen Versuch und gedachtem Erfolg konstruieren wollte. Die objektive Theorie gründet ihren Lösungsversuch also auf das Verhältnis zwischen dem einzelnen und der durch die Rechtsordnung vertretenen und geschützten Allgemeinheit. Der nach aussen in Erscheinung tretende, tatsächliche Erfolg, der die menschliche Gesellschaft irgendwie gefährdet, ist für sie massgebend. Ihr Vorteil besteht darin, „dass sie der Tatseite des Versuches zu ihrem Recht zu verhelfen bestrebt war“[2]). Sie hat die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Ausführung von den italienischen Praktikern übernommen und den Unterschied zwischen strafbarem und straflosem Versuch gemacht. Der Weg, den die objektive Theorie bei Untersuchung einer Tat auf ihre Strafwürdigkeit hin zu gehen hat, ist naturgemäss weiter als der der subjektiven Theorie. Denn während diese die nach ihrer Ansicht gleichgültigen Ergebnisse der verbrecherischen Willensbetätigung nicht in Erwägung zieht und das Dasein eines verbrecherischen Willens und seine Richtung als für die Strafbarkeit massgebend erachtet, muss jene die ganze Strecke vom Augenblick des Beginnes der Ausführung bis zur Beendigung oder Einstellung der Tätigkeit nach der objektiven Gefährlichkeit absuchen. Nur vom Standpunkt der objektiven Theorie aus ist überhaupt eine Abgrenzung dieses Weges in die beiden Strecken „Vorbereitung“ und „Ausführung“ denkbar. Für die subjektive Theorie ist diese Unterscheidung belanglos, weil die beiden Handlungsstadien vom subjektiven Standpunkt aus gleichwertige und gleichermassen ursächlich notwendige Ergebnisse des verbrecherischen Willens sind. Wie die Unterscheidung zwischen Vorbereitung und Ausführung, so musste sich aus der Konstruktion der objektiven Theorie mit derselben Notwendigkeit die Unterscheidung zwischen gefährlichen und nicht gefährlichen Versuchshandlungen ergeben, zwischen solchen,

1) Siehe Anm. S. 24.
2) Cohn, Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, S. 202 ff.

die das Verbrechen objektiv zur Entstehung bringen und solchen, „die gar nie, unter keinen Umständen, das Verbrechen zur Entstehung bringen“ konnten[3]). Darnach begründet die Anwendung eines absolut untauglichen Mittels einen straflosen, die Anwendung eines nur relativ untauglichen Mittels einen strafbaren Versuch[4]). Bei der Beurteilung des Verhältnisses zwischen Handlung und Erfolg setzt die objektive Theorie an die Stelle der Vollendung die gefährliche Nähe, die Möglichkeit der Vollendung.

Die Scheidung zwischen absolut und relativ untauglichen Mitteln hat bei Freunden und Feinden der objektiven Theorie Bedenken hervorgerufen, die in der Hauptsache auf der nicht unberechtigten Erwägung beruhen, dass die praktische Abgrenzung zwischen absoluter und relativer Untauglichkeit ausserhalb des Bereiches des Tatsächlichen liege und somit dem billigen Ermessen des Richters überlassen werden müsse[5]). Begreiflich ist auch, dass die Meinungsverschiedenheiten dieser Art sich noch vermehrten, als Berner[6]) die Abgrenzung zwischen absoluter und relativer Untauglichkeit auch auf den Gegenstand übertrug, weil man hiedurch genötigt wurde, sich mit der Mittermaier'schen und später der Allfeld'schen Ansicht[7]) von der grundsätzlichen Straflosigkeit jeden Versuches am untauglichen Gegenstand auseinanderzusetzen. Trotzdem befreundete sich die Mehrheit der Objektivisten mit dem Berner'schen Gedanken und gelangte damit zu der Ueberzeugung, dass der Gegenstand in der gleichen Weise wie das Mittel zu berücksichtigen sei: der Versuch am relativ untauglichen Gegenstand ist damit strafbar, der Versuch am absolut untauglichen Gegenstand straflos.

Die Kritik der objektiven Theorie muss von einer Beurteilung der Grundlagen ausgehen, auf denen sie ruht, nämlich des „Anfanges der Ausführung“ und „der objektiven Gefahr“.

Der „Anfang der Ausführung“ hat nach unserer oben angedeuteten Ansicht vom Gesetzgeber keine andere Aufgabe erhalten, als die Grenze zu ziehen, die das Gebiet des Versuches umschliesst, also die Vorbereitung von der Ausführung

3) Mittermaieir, Neues Archiv, Bd. 1, S. 163 ff. spricht mit demselben Sinn von abstrakt und konkret untauglichen Mitteln.
4) Mittermaier, a. a. O., S. 194.
5) Z. B. Hälschner, a. a. O., I, S. 319 ff., Lammasch, a. a. O. S; 21ff., Eisenmann, Z. Str. W. 13, S. 466 ff.
6) Berner, a. a. O., S. 139, 140.
7) Allfeld, Lehrbuch, S. 195.

zu scheiden. Mehrere Vertreter der objektiven Theorie[8]), behaupten aber, dass ohne tatsächliche oder mögliche Vollendung eine Ausführung begrifflich undenkbar sei, sodass überall da auch von einem Anfang der Ausführung nicht gesprochen werden könne, wo eine Vollendung von vorneherein tatsächlich unmöglich gewesen sei. Wo man aber nicht von einem Anfang der Ausführung sprechen könne, da sei für den Versuchsbegriff als Teil der Vollendung kein Raum. Indessen ist die Vollendung nicht etwas Teilbares, sie ist ein Zustand, ein Ergebnis, das in einem bestimmten Augenblick plötzlich da ist, und von da an, sich nicht verändernd, dableibt. Sie ist also kein Vorgang, der sich in Entwicklungsstufen einteilen liesse. Es ist begrifflich unmöglich, von einem Anfang und damit auch von einem Ende der Vollendung zu sprechen. Deswegen ist die Konstruktion, die als strafbaren Versuchserfolg eine teilweise Vollendung ansieht, logisch unhaltbar. Wenn aber die Ausführung als ein Vorgang kein Teil der Vollendung als eines Zustandes sein kann, dann ist es denkbar, auch dann von Ausführung zu sprechen, wenn die tatbestandsmässige Vollendung nicht eintritt oder von vorneherein unmöglich eintreten konnte. Wir sehen, dass die Auseinanderhaltung von strafbaren und nicht strafbaren Versuchshandlungen auf dem von den Objektivisten beschrittenen Weg über den „Anfang der Ausführung" nicht möglich ist.

Eine Kritik der objektiven Theorie erfordert ferner eine Erörterung des Begriffes „objektive Gefahr", bzw. die Prüfung der Frage, ob tatsächlich der Versuch sich durch nichts anderes kennzeichne, als durch die Gefährdung eines Rechtsgutes oder eines Interesses. Die Ausdrücke „Gefahr" und „Gefährdung" bedeuten „die grössere oder geringere Wahrscheinlichkeit eines in naher oder entfernter Zukunft nach menschlicher Erfahrung und den Gesetzen der Kausalität zu erwartenden schädlichen Ereignisses" [9]). Wir gehen von der richtigen Buri'schen Ansicht aus, dass von einer objektiven Gefahr nicht eher die Rede sein kann, „als bis jemand von derselben wirklich bedroht wird" [10]), und erinnern an das oben angeführte Beispiel, in dem zwei Schützen in Tötungsabsicht das Gewehr auf den in Schussnähe anwesenden Gegner abdrücken mit dem Erfolg, dass der eine vorbeischiesst, und der andere erkennt, dass er aus Versehen zu laden

8) Berner, z. B. a. a. O., S. 145; Baumgarten, a. a. O., S: 421, Olshausen, a. a. O., S. 146 ff.
9) RG. Im Urteil vom 14. VI. 1882, RGSTR. 6, S. 396 ft.
10) Buri, die Kausalität, S. 115 ff.

vergessen hatte. In objektive Gefahr geraten ist nur derjenige, an dessen Kopf die Kugel wirklich vorbeigeflogen ist, nicht aber der andere, weil hier von einer grösseren oder geringeren Wahrscheinlichkeit der Tötung oder der Körperverletzung nicht gesprochen werden kann; vielmehr ist objektive Gefährdung einer Person durch Abdrücken eines nicht geladenen Gewehres nicht denkbar. Die objektive Theorie könnte nur denjenigen von beiden Tätern bestrafen, der vorbeigeschossen hat, nicht aber denjenigen, der aus Versehen sein Gewehr nicht geladen hatte. Und doch lässt das natürliche Rechtsempfinden einen Zweifel über die völlig gleichzuachtende Strafwürdigkeit der beiden Täter nicht zu. Der Grund liegt darin, dass die objektive, also die auf Grund äusserer Vorgänge wirkliche Gefahr nicht die einzige Beurteilungsgrundlage für die Strafbarkeit einer Versuchshandlung sein kann. Es ist kein Grund dafür einzusehen, warum einem entschlossenen Täter, der mit den zur Verübung der gewollten Tat an sich geeigneten Mitteln ausgerüstet ist, seine Vergesslichkeit in der Weise zugute kommen soll, dass ihm das Gesetz gleichsam dazu Zeit lässt, den Mangel wettzumachen und nach ordnungsmässigem Laden sein Opfer nun tatsächlich niederzuschiessen.

Mit dem Begriff der objektiven Gefahr kommen wir demnach nicht zu einem befriedigenden Ergebnis. Der Grund liegt darin, dass die objektive Gefährdung eines Rechtsgutes nicht wesentliche oder einzige, ja nicht einmal unbedingt notwendige Voraussetzung für die Strafbarkeit einer Handlung ist. Gleichwohl danken wir der objektiven Theorie die Aufstellung des Gefahrbegriffes. Denn er führt zu der Erkenntnis, dass eine strafbare Versuchshandlung von einer nicht strafbaren sich immer dadurch unterscheidet, dass sie den Eintritt eines tatbestandsmässigen Erfolges befürchten lässt. Diese Erkenntnis ist natürlich nur dann möglich, wenn bedacht wird, dass der Versuch immer in eine nicht vorhersehbare Zukunft weist. Kein Wunder, dass eine Handlung, die vornehmlich durch das allgemein menschliche, d. h. nicht wissende, sondern nur erfahrungsgemässe mutmassende Beurteilungsvermögen sich bestimmen lässt, ungleich viel höhere Schwierigkeiten in der Beurteilung ihrer Strafwürdigkeit bietet, als ein abgeschlossenes Geschehen. So eng begrenzt ist jedoch die menschliche Fähigkeit, künftige Ereignisse mit menschenmöglicher Bestimmtheit vorherzusehen nicht, dass sie warten müsste, bis der Täter sein Gewehr abschiesst, um dann allerdings sehr zutreffend festzustellen: er hat zwar vorbeigeschossen, da er aber geradesogut hätte treffen können, muss er bestraft werden. Vor

Eintritt der tatsächlichen Gefahr für den Gegner, die ihm mit dem Vorbeipfeifen der Kugel an seinem Kopf erkennbar geworden sein mag, konnte vielmehr schon eine Wahrscheinlichkeitsrechnung für den eintretenden Erfolg aufgestellt werden durch Addierung der verbrecherischen Absicht des Täters, des an sich geeigneten Schiesswerkzeuges und des in Schussnähe anwesenden Gegners. Mit dem Augenblick, wo die Befürchtung eines tatbestandsmässigen Erfolges nach den gegebenen Umständen berechtigt erscheint, muss von einem strafbaren Versuch gesprochen werden. Die von der objektiven Theorie mit Hilfe ihres zu engen Begriffes der objektiven Gefahr gezogene Grenze ist nicht brauchbar, weil „nach menschlicher Erfahrung und den Gesetzen der Kausalität" schon in einem früheren Handlungsstadium ein tatbestandsmässiges Ereignis „mit grösserer oder geringerer Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann" [11]).

Unsere Ueberlegungen führen uns zwar zur Ablehnung der objektiven Theorie, aber wir sehen jetzt, dass wir ihr in dem Gefahrbegriff und in der Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Untauglichkeit von Mittel und Gegenstand, Wegweiser zum Ziel verdanken.

C. Die Vereinigungstheorien.

Wir sind mit der beabsichtigten Darstellung der Grundgedanken der subjektiven und der objektiven Theorie zu Ende. Wir wiederholen, dass eine umfassendere Darstellung im Rahmen dieser Arbeit weder möglich noch zweckmässig gewesen wäre. Wir mussten aber soweit in die beiden gegensätzlichen Hauptgebiete eindringen, bis wir versuchen konnten, aus dem entstandenen Bild ein Urteil zu entwerfen; es lautete auf Ablehnung beider Theorien, ein allerdings negatives Ergebnis. Das positive Ergebnis unserer Untersuchung dürfen wir folgendermassen zusammenfassen:

Der Versuch ist eine Verbrechensart. Verbrechen im Rechtssinn ist die Summe aus tatbestandsmässigem Willen und tatbestandsmässiger Tat. Weder der subjektiven noch der objektiven Theorie ist es gelungen, den Beweis dafür zu erbringen, dass sich der Versuch durch Vorherrschen des einen oder des anderen der beiden Deliktsmomente Wille und Tat auszeichne, und dass deshalb das Vorherrschen des einen oder des anderen die Frage nach der Strafbarkeit des Versuches beantworten müsse. Der Versuch kennzeichnet sich durch das Fehlen der Vollendung. Die Strafbarkeit des Versuches erklärt sich aus der nahen Möglichkeit der rechtsverletzenden Vollendung: der Versuch ist etwas rechtsgefähr-

11) RGSTR. 6, S. 369 ff.

liches. Die Unterscheidung zwischen relativ und absolut untauglichem Mittel oder Gegenstand ist begrifflich erfreulich, aber zur Unterscheidung zwischen strafbarem und straffreiem untauglichem Versuch nicht notwendig. Ein Lösungsversuch ist vielmehr nur dadurch denkbar, dass Wille des Täters, Art des Mittels und Art des Gegenstandes in Beziehung gesetzt werden, und dass die Erfolgsmöglichkeit aus dem Verhältnis zwischen Vorstellung des Täters und tatsächlicher Sachlage geprüft wird. Eine Vermittlung zwischen subjektiver und objektiver Theorie ist wegen ihrer extremen Gegensätzlichkeit zwecklos. Das wertvollste Ergebnis der unübersehbaren Auseinandersetzungen über die einseitig subjektive und die einseitig objektive Theorie kann in der Förderung der Erkenntnis erblickt werden, dass weder das subjektive, noch das objektive Moment bei Beurteilung einer Tat bevorzugt werden dürfe. Diese Erkenntnis ist zutage getreten in zahlreichen „Vereinigungstheorien", denen allerdings teilweise eine überwiegende Begünstigung objektiver Gedanken durch Betonung der „objektiven Gefährlichkeit" zu eigen ist[1]). So wenig uns die Betrachtung einer grösseren Anzahl von subjektiven und objektiven Theorien möglich und zweckmässig erschien, ebensowenig ist es hier am Platz, auf eine grössere Anzahl der sogenannten Vereinigungstheorien einzugehen. Wir halten es aber aus Gründen der Vollständigkeit für nicht vermeidlich, eine einzige, die uns für die Bestrebungen, subjektive und objektive Gedanken miteinander zu versöhnen typisch erscheint, herauszugreifen und einer kurzen Erörterung zu unterziehen. Wir wählen die von Liszt'sche Theorie:

Liszt geht von der Feststellung aus, dass weder Wortlaut noch Begründung des § 43 RSTGB eine Lösung der Frage nach dem Gegensatz von gelungenem und fehlgeschlagenem Verbrechen ermögliche oder auch nur beabsichtigt habe. Sein Ergebnis ist, dass die der Wissenschaft und Rechtssprechung mithin überlassene Entscheidung nur „aus dem Wesen des Versuchsbegriffes abgeleitet werden" könne[2]). Dagegen zieht er aus § 46, Abs. 1, RSTGB die Folgerung, dass die Gefährlichkeit der Willensbetätigung den strafrechtlichen Versuch kennzeichne, d. h., dass nur derjenige Versuch bestraft werden könne, dem auch nur die Möglichkeit der Herbeiführung des tatbestandsmässigen Erfolges innewohnt. Damit nähert

1) Z. B. Finger, Lehrbuch I, S. 297 ff.; Delaquis, a. a. O., S. 189 ff.; Gerland, a. a. O., S. 136 ff.; Köhler, a. a. O., S. 464 ff.; Oetker, Z. St. W., 17, S. 53 ff.; Horn: Z. Str. W. 20, S. 309 ff., Kohler, Studien, S. 7 ff.

2) Liszt, a. a. O., 21 und 22 Aufl., S. 199 ff.; 23. Aufl., S. 208 ff.

er sich der Feuerbach'schen Forderung nach der „potentiellen Kausalität". Gefahr ist für Liszt der „Erfolg" der Versuchshandlung. Dieser Erfolg erhält seine strafrechtliche Bedeutung durch sein Verhältnis zu einem zwar tatsächlich nicht eingetretenen, aber nach den gegebenen Voraussetzungen an sich möglich gewesenen tatbestandsmässigen Zustand, d. h. durch die „nahe Möglichkeit, die Wahrscheinlichkeit" des Eintrittes der mit Strafe bedrohten Rechtsverletzung[3]). Für die Strafbarkeit des sogenannten untauglichen Versuches, fordert er „konkrete Gefährlichkeit". Der Unterschied zwischen seiner Lehre und der objektiven Theorie wird von Liszt selbst in der Verschiedenheit des vom Beurteiler einzunehmenden Standortes erblickt; er verlangt die Einstellung der „nachträglichen Prognose" auf den Augenblick des Beginnes der Ausführung[4]). Damit lehnt er das Verfahren der objektiven Theorie ab; denn diese legt ihrer Beurteilung Umstände zugrunde, die erst nach dem Beginn der Ausführung durch den weiteren Verlauf der Handlung erkennbar geworden sind. Die klare Hervorhebung des zur Beurteilung der Strafwürdigkeit einer Handlung einzunehmenden Standpunktes ist ein erheblicher Vorzug der Liszt'schen Lehre. Die Liszt'sche Festlegung des Gegenstandes der Beurteilung, nämlich „der allgemein erkennbaren oder nur dem Täter bekannten Umstände", scheint uns jedoch Angriffspunkte zu bieten. Diese wahlweise Nebeneinanderstellung des objektiven und des subjektiven Tatbestandes bedeutet allerdings im Vergleich zur einseitigen subjektiven oder objektiven Einstellung eine bemerkenswerte Erweiterung der Grenzen der Strafbarkeit und eine bessere Anpassung an die Vielseitigkeit des praktischen Falles; aber es ist mit dem Begriff der subjektiven Gefährlichkeit der Praxis kein Dienst erwiesen. Abgesehen von der naturgemäss gegebenen Schwierigkeit der Feststellung des inneren Tatbestandes würde uns die ausschliessliche Zugrundelegung „nur dem Täter bekannter Umstände" wieder mitten in die oben angedeuteten Gefahren der einseitigen subjektiven Theorie hineinführen. Aus diesem Grund und ferner deshalb, weil wir bei dem an sich schwankenden Gefahrbegriff eine deutliche Abgrenzung vermissen, gelangen wir zur Ablehnung der Lisztschen Lehre, dabei leitet uns ausserdem der Gedanke, dass sie dem Richter zu wenig tatsächliche Richtlinien zeigt, und dass sie seinem verstandesmässigen

3) Liszt, a. a. O., 21. u. 22. Aufl., S. 118, 23. Aufl. S. 209;
4) Liszt, a. a. O., 23. Aufl., S. 209.

Ermessen daher einen gefährlichen Spielraum lässt[5]).

Das Ergebnis unserer Erörterungen über die Versuchstheorien fassen wir folgendermassen zusammen:

Wir haben gesehen, dass uns Wortlaut und Begründung des Gesetzes bei der Beantwortung der Frage nach der Strafbarkeit des sogenannten untauglichen Versuches im Stich lassen. Wir haben ferner gesehen, dass der Gesetzgeber im Gegenteil die Beantwortung der Frage der Wissenschaft zur Diskussion gestellt hat; die wissenschaftliche Diskussion hat die rechtsgerichtlich schon verfolgbaren Gegensätze zwischen subjektivistischer und objektivistischer Einstellung nicht beseitigt, sondern unüberbrückbar vertieft. Die subjektive Theorie war abzulehnen mit Rücksicht darauf, dass der verbrecherische Wille sich auf einen typischen, d. h. auf einen wirklich vom Gesetz verbotenen Erfolg richten muss, und dass es nicht genügen kann, wenn er sich auf einen atypischen, nur in der irrtümlichen Vorstellung des Täters gesetzlich verbotenen Erfolg richtet. Die objektive Theorie war abzulehnen von dem Gesichtspunkt aus, dass der strafrechtlich erhebliche Vorsatz auf Vollendung, d. h. auf wirkliche Verletzung und nicht nur auf Gefährdung eines Rechtsgutes gerichtet ist. Die kurze Betrachtung eines Types der sogenannten Vereinigungstheorien sollte die Unfruchtbarkeit einer Verschmelzung der beiden extremen Gedankengänge zeigen.

4. Lösungsversuch.

Bevor wir mit dem Lösungsversuch beginnen, den wir als Grundlage für die Betrachtung der Entwürfe zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch benützen wollen, müssen wir leider feststellen, dass sich die in der Einleitung geäusserten Bedenken als nur zu berechtigt erwiesen haben. Der folgende Lösungsversuch wird sich daher mit Frank[1]) auf eine möglichst richtige Feststellung des Ausgangspunktes der gesetzlichen Strafdrohung und eine möglichst sachgemässe Abgrenzung der strafbaren und der nicht strafbaren Fälle des sogenannten untauglichen Versuches beschränken:

A. Der Ausgangspunkt der gesetzlichen Strafdrohung.

Die Gründe, die uns zur Ablehnung der subjektiven Theorie geführt haben, und auf die wir uns jetzt beziehen dürfen, zeigen uns, dass die Strafdrohung des Gesetzes sich nicht schon gegen einen in der Aussenwelt hervortretenden, d. h. durch Handlungen betätigten verbrecherischen Willen allein

5) Siehe auch Delaquis, a. a. O., S. 124 ff., Zachariae, a a. O., S. 215 und 124.

1) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1926, S. 89.

richten kann. Das Gesetz verlangt vielmehr zunächst eine bestimmte Beschaffenheit dieses verbrecherischen Willens und einen bestimmten Grad seiner Betätigung; er muss einmal so beschaffen sein, dass er sich tatsächlich und nicht nur vermeintlich auf ein vom Gesetz mit Strafe bedrohtes Geschehen richtet, und dann muss auf Grund dieses tatsächlichen verbrecherischen Willens der Eintritt des verbotenen Ereignisses erfolgt oder doch mindestens zu befürchten sein. Wir gewinnen darnach als Ausgangspunkt für die gesetzliche Strafdrohung folgendes Ergebnis:

1. Der verbrecherische Wille muss auf eine vollendete Tat, auf eine wirkliche Verletzung, und nicht nur auf eine Gefährdung von Rechtsgütern gerichtet sein.
2. Die Tat selbst muss tatbestandsmässig, d. h. als solche mit Strafe bedroht, also verboten sein[1]).

Ein brauchbarerer Ausgangspunkt als der, dass nur eine verbotene Handlung strafbar sein kann, dürfte nicht gefunden werden können. Hier liegt die kürzeste logische Erklärung für die gefühlsmässig selbstverständlich erscheinende Straffreierklärung des sogenannten Wahnverbrechens: das Mitführen einer Waffe auf der Strasse ist dem Waffenscheininhaber nicht verboten; deshalb kann er nicht strafbar sein, wenn er annimmt, der Waffenschein berechtige nur zum Waffenbesitz in der Wohnung. Hier liegt auch die erste logische Voraussetzung für die Strafwürdigkeit von Handlungen, die mit untauglichen Mitteln oder am untauglichen Gegenstand ausgeführt werden. Das gesetzliche Verbot ist auf die vorsätzliche, manchmal auf die fahrlässige Herbeiführung eines rechtsgüterverletzenden Ereignisses gerichtet; es umfasst innerlich „alle Handlungen, die (subjektiv) in der Voraussicht vorgenommen werden, dass durch sie der Erfolg herbeigeführt wird", sofern sie (objektiv) die Herbeiführung des Erfolges befürchten lassen. Wir stossen uns nicht an dieser subjektiven Fassung der dem gesetzlichen Verbot zugrunde zu legenden Norm, weil eine objektive Fassung derselben nicht denkbar ist. Es kann dem Menschen nicht verboten werden, etwas zu tun, was objektiv „zur Ursache des Todes eines anderen wird", bezw. „was objektiv als Anfang des Bewirkens der Tötung sich qualifiziert" [2]), sondern es muss sich das Verbot auf Handlungen richten, die nach dem Erkenntnisvermögen des einzelnen Täters den Eintritt des vom Gesetz mit Strafe bedrohten Zustandes bewirken kön-

1) Binding, Der umgekehrte Irrtum, GS. 85, S. 196.; im Prinzip auch Allfeld, Lehrbuch, 8. Aufl. 1922, S. 194 ff.; ferner Frank, Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, S. 89.
2) Schötensack, a. a. O.,S. 380 ff.

nen[3]). Nicht die natürliche, sondern nur die menschlich schuldhafte Verursachung der Dinge kann einer Strafnorm zugrunde liegen; „dem Menschen kann nicht verboten werden, was kausal ist, sondern nur was ihm kausal scheint“[4]). Denken wir beispielsweise an zwei Kletterer, die in brüchigem Gestein in der Fall-Linie hintereinander steigen; wir wollen von vorsätzlichem Handeln völlig absehen; jedoch würde auch die dem gesetzlichen Verbot der fahrlässigen Körperverletzung oder Tötung hier zugrunde zu legende Norm nur heissen können: du sollst, so gut du kannst, alles vermeiden, wodurch Steine gelöst werden können, nicht aber: du darfst keinen Stein lösen, weil dadurch objektiv Leben oder Gesundheit eines Menschen gefährdet wird.

B. Abgrenzung der strafbaren von den straffreien Fällen des sogenannten untauglichen Versuches.

a) Der Versuch mit untauglichen Mitteln.

Das gesetzliche Verbot als Ausgangspunkt der gesetzlichen Strafdrohung kann sich nur gegen Handlungen richten, die nach der allgemein menschlichen Kenntnis der Verursachung das Eintreten einer rechtsgüterverletzenden Folge befürchten lassen. Voraussetzung für ein gesetzliches Verbot ist das vom Staat vertretene Interesse der menschlichen Gesellschaft am Schutz von Rechtsgütern. Eine Handlung, die nach dem allgemein menschlichen Erfahrungswissen über die Verursachung unter keinen Umständen den Eintritt einer rechtsgüterverletzenden oder -zerstörenden Folge befürchten lässt, ist nicht verboten. Die der gesetzlichen Strafdrohung zugrunde zu legende und, wie wir oben gesehen haben, subjektiv zu fassende Norm erfährt damit eine logisch notwendige Einschränkung nach der objektiven Seite hin[1]). Die richtige Beurteilung der Strafwürdigkeit einer Handlung wird nur möglich durch die Verbindung des subjektiven und des objektiven Inhaltes der Strafnorm: zur Strafbarkeit genügt weder subjektiv allein die Vorstellung des

3) Ebenso Binding, GS. 85, S. 249 ff.; Finger, Der Versuch und der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch in der Festschrift für Binding, S. 250 ff. Siehe auch Finger, Lehrbuch S. 56 ff.

4) Frank, Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, 1926, S. 89, wohl in Anlehnung an Lammasch, a. a. O., S. 61); Schüler a. a. O., S. 75; M. L. Müller, a. a. O. S. 20 ff., Schötensack, a. a. O; S. 3 ff., Höpfner, Z. Str. W. 23, . 643 ff.

1) Mayer, a. a. O., S. 353 ff., ähnlich Frank, Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, 1926, S. 89.

Täters von der Erfolgstüchtigkeit seiner Handlung, noch objektiv allein die Tatsache, dass die täterische Handlung an sich zur Herbeiführung einer rechtsgüterverletzenden oder -zerstörenden Folge geeignet war. Wir haben oben bei der Abgrenzung des untauglichen Versuches von verwandten Begriffen gesehen, dass ein Beurteiler, dem sämtliche natürlichen Ursachen nach Grösse und Richtung und damit nach ihrer Wirkung erkennbar wären, auch jede Handlung als von vorneherein erfolgstüchtig oder erfolgsuntüchtig erkennen könnte. Die Sprachbegriffe „geeignet" und „ungeeignet" sind aber ebenso allgemein menschlich zu beurteilen, wie etwa das blosse Dasein des Begriffes „Versuchen". So ist es möglich, dass nach allgemein menschlichem Ermessen an sich erfolgstüchtige, also geeignete Handlungen, doch nicht zum Erfolg führen, weil eben der Mensch nicht imstande war, diejenige natürliche Kausalität auszulösen, die zwangsläufig genau zum gedachten tatbestandsmässigen Erfolg hingeführt hätte. Die Geeignetheit einer Handlung kann also nicht an der Tatsache des Eintrittes oder Nichteintrittes des Erfolges gemessen werden. Wir sprechen vielmehr auch wenn der Erfolg ausbleibt, immer dann von einer geeigneten Handlung, bezw. von einer Handlung „möglicher Kausalität" [2]), wenn ersichtlich ist, dass der Erfolg „beim Vorhandensein gewisser fehlender Umstände oder beim Fehlen gewisser vorhandener eingetreten wäre" [3]). Ist aber mit menschenmöglicher Bestimmtheit vorherzusehen, dass der ausgelöste natürliche Kausalverlauf unter gar keinen Umständen zum gedachten Erfolg führen kann, dann sprechen wir von ungeeigneten, bezw. unmöglich kausalen Handlungen. Handlungen möglicher und unmöglicher Kausalität verhalten sich aber deswegen nicht zueinander wie strafbare zu straflosen Handlungen, weil die Strafwürdigkeit eines menschlichen Tuns nicht allein aus dem objektiven Geschehen beurteilt werden kann, sondern weil die Willensrichtung des Täters zu dem objektiven Geschehen in Beziehung gesetzt werden muss. Die Lösung glauben wir also in dem Verhältnis zwischen subjektivem und objektivem Tatmoment suchen zu müssen. In dieser Erkenntnis gelangt Frank zu der Ansicht, dass der Versuch mit untauglichen Mitteln dann strafbar sein müsse, wenn bei Vorliegen der vom Täter zur Zeit der Tat irrtümlich für gegeben gehaltenen Umstände der von ihm gewollte tatbestandsmässige Erfolg möglich gewesen

2) Frank, Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, 1926, a. a. O., S. 89.
3) ebda.

wäre. In der hieraus sich ergebenden praktischen Abgrenzung zwischen strafbaren und straflosen Fällen des Versuches mit untauglichen Mitteln stimmt Frank im wesentlichen mit Allfeld und Mayer überein[4]). Wir glauben, dass diese Lösung zu den glücklichsten Auslegungen des Gesetzes gerechnet werden muss. Dass sie nicht auch unsere Lösung sein wird, liegt darin begründet, dass wir uns nicht zur Aufgabe gemacht haben, nach einer möglichst befriedigenden Auslegung des unglücklich gefassten geltenden Rechtes zu suchen. Wir haben uns vielmehr auf den Standpunkt gestellt, dass eine völlig befriedigende Lösung der Frage nach der Strafbarkeit des sogenannten untauglichen Versuches im Wege der Auslegung des geltenden Gesetzes nicht möglich ist. Der Kommentator kann indessen nichts anderes tun, als den Text des geltenden Gesetzes seiner Auslegung zugrunde legen. Auch die beste Auslegung kann aber das Rechtsgefühl nicht befriedigen, wenn das Gesetz nicht so ist, wie es sein soll. Wir werden anhand von einigen Beispielen darzulegen versuchen, aus welchen Gründen nach unserer Ansicht die bei Auslegung des geltenden Rechtes möglichen praktischen Ergebnisse den Anforderungen der Rechtssicherheit nicht entsprechen.

Wer mit einem geladenen Gewehr töten will, in Wirklichkeit aber ein ungeladenes Gewehr auf den in Schussnähe anwesenden Gegner abrückt, hätte allerdings den gewollten Erfolg erreichen können, wenn die Sachlage seiner Vorstellung entsprochen hätte, wenn also das Gewehr geladen gewesen wäre. Nicht anders ist es, wenn jemand etwa in einem dunklen Raum beim Griff nach einer geladenen Pistole, deren Lage und Beschaffenheit ihm als Ortskundigem genau bekannt ist, eine zufällig daneben liegende ungefährliche Schreckschusspistole ergreift und auf den Gegner abfeuert. Im ersten Fall bedient sich der Täter eines sogenannten relativ untauglichen, im zweiten Fall eines sogenannten absolut untauglichen Mittels; und doch ist die Strafwürdigkeit in beiden Fällen dieselbe. Die Terminologie „relativ" und „absolut" wird übrigens in diesem Zusammenhang nicht mit Unrecht beanstandet[5]). Man wird sich aber auch hier damit begnügen müssen, dass eben die menschliche Ausdrucksweise immer nur relativ zutreffend sein kann, d. h., dass sie

4) Allfeld, Lehrbuch. 8. Aufl. 1922, S. 195, 196., Mayer, a. a. O., S. 363, siehe hiezu auch Kohler, Studien, I, 7, Leitfaden S. 60.; Finger, Festschrift f. Binding, S. 292 ff. u. i. Lehrb. d. österr. Strafrechts, S. 461; Wachenfeld, a. a. O., S. 179.

5) Mayer, a. a. O., S. 334; Schötensack, a. a. O., S. 400.

immer auf das allgemein menschliche Verhältnis zu den Dingen zurückbezogen werden muss. Darnach hat allerdings das Wort „absolut" im menschlichen Sprachschatz keinen Raum, weil der Mensch tatsächlich nicht fähig ist, eine absolute, also von der beschränkten menschlichen Vorstellung losgelöste Kritik an den Dingen zu üben. Indessen zugegeben, dass Unterscheidungen wie: Untauglichkeit im allgemeinen und im einzelnen Fall, oder generelle und spezielle, „begriffliche" und „konkrete" Untauglichkeit[6]) klarere Vorstellungen vermitteln können, so kann doch eingebürgerte Unterscheidung zwischen „relativ" und „absolut" beibehalten werden, wenn man die beiden Begriffe mit der soeben angeregten Vorsicht versteht.

Die vorhin angeführten Fälle, für die wir das Vorliegen eines strafbaren Versuches mit untauglichen Mitteln angenommen haben, kennzeichnen sich durch einen sogenannten ontologischen Irrtum des Täters, d. h. durch einen Irrtum über Gegenwärtiges, über Dasein oder Nichtdasein von Umständen. Die Rechtslehre hat dem Irrtum über das Sein den Irrtum über das Geschehen, den sogenannten nomologischen Irrtum gegenübergestellt, soweit sie zu dem Ergebnis gekommen ist, dass allen nicht strafbaren Fällen des Versuches mit untauglichen Mitteln ein Irrtum des Täters über die natürlichen Gesetze des Geschehens zugrunde liegt[7]). Ist dem so, dann müsste der Versuch mit untauglichen Mitteln immer dann straflos sein, wenn bei Vorliegen der vom Täter zurzeit der Tat irrtümlich für gegeben gehaltenen Umstände der von ihm gewollte verbotene Erfolg nicht möglich gewesen wäre. Die Bejahung dieses Satzes verbietet nach unserer Ansicht der Zweck der gesetzlichen Strafdrohung:

Das Gesetz bestraft nicht nur denjenigen, der ein Rechtsgut verletzt oder zerstört hat, sondern es hält sich in bestimmten Fällen schon dann zur Einschreitung verpflichtet, wenn die Verletzung oder Zerstörung eines Rechtsgutes durch Handlungen eines Menschen in gefährliche Nähe gerückt worden ist. Dass die aus der Art des täterischen Vorgehens sich rechtfertigende Befürchtung einer Rechtsverletzung dem Gesetz nicht in allen Fällen zur Bestrafung genügt, hängt mit dem Umstand zusammen, dass das staatliche Rechtsschutzinteresse wegen der verschiedenen Schwere der

6) Mayer, a. a. O., S. 354.
7) Dohna, a. a. O., S. 54 ff. S. 61; Frank, Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, 1926, S. 90; vgl. ferner Köhler, a. a. O., S. 463 Kriegsmann, Z. Str. W., 33, S. 723; Mayer, a. a. O., S. 363. Finger, Lehrbuch S. 306.

einzelnen Deliktsarten nicht immer gleich hoch ist. Beim vollendeten Delikt betrachten wir die Strafe als Sühne für den einzelnen, dessen Rechtsgut verletzt und für die Allgemeinheit, gegen deren staatlich garantierte Rechtsordnung verstossen worden ist. Wir sehen in ihr ferner einen notwendigen fühlbaren Nachteil für den Täter, der am eigenen Leib spüren soll, dass es sich nicht empfiehlt, einen nochmaligen Angriff gegen die Rechtsordnung zu unternehmen. Dass die Strafe des Gesetzes nicht nur als Sühne für die Verletzung von Rechtsgütern gedacht werden muss, ergibt sich aus der Tatsache, dass eine Handlung, die im Versuchsstadium stekken geblieben ist, überhaupt bestraft wird. Wenn wir das Strafquantum, das beim vollendeten Delikt auf die Sühne für die eingetretene Rechtsverletzung anzurechnen ist, von dem gesamten Strafquantum für das vollendete Verbrechen abziehen, erhalten wir das Strafquantum des Versuches; denn der Versuch unterscheidet sich von der Vollendung nur durch den Nichteintritt der Rechtsverletzung. Die Strafdrohung des Gesetzes über den Versuch, scheint uns in der Hauptsache die Bestimmung zu haben, Schutzmassnahme dagegen zu sein, dass ein Täter, der seine Entschlossenheit genügend offenbart hat, seinen Entschluss doch noch zur vollen Ausführung bringen werde. Nur wenn wir die Frage verneinen können, ob ein offenbar gewordener, Versuch gebliebener Angriff auf die Rechtsordnung mit Rücksicht auf die Einstellung des Täters und die Art seines Vorgehens die Befürchtung zulässt, dass der Täter bei nächster Gelegenheit sein fehlerhaftes Vorgehen verbessern und die Vollendung wirklich erreichen werde, glauben wir mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit von Strafe absehen zu dürfen[8]). Wer hindert den Täter daran, einen wegen grober Unkenntnis der natürlichen Verursachung zunächst wirkungslosen Angriff gegen das Leben eines Menschen mit wirksamen Mitteln zu wiederholen und dann wirklich zu

8) Vgl. Kohler, Studien, S. 20 ff.; Horn in Z. Str. W. 20, S. 309; er erblickt die Strafbarkeit des untauglichen Versuches „in der quälenden, das Gefühl der Rechtssicherheit und den Rechtsfrieden störenden, beunruhigenden Betrachtung, die Tat hätte — wenn auch glücklich verhindert — doch leicht anders ausfallen, leicht gelingen können"; dieser Erfolg sei „imstande, das Vertrauen auf die Rechtsordnung u. somit diese selbst auf das Entschiedenste zu erschüttern". Ferner v. Bar, a. a. O., S. 531 („Der Eindruck und die durch die Tat hervorgerufene Beunruhigung"!) und Frank bei seiner Stellungnahme zur Kohler'schen Theorie in vglde. Darst. A. T. V., S. 266.

Ende zu führen, wenn es das Gesetz nicht tut? Dürfen wir sagen, dass der Tötungsvorsatz eines vielleicht geistig tiefstehenden Menschen, der glaubt einen gesunden Menschen mit Zucker umbringen zu können, weniger gefährlich ist, als der eines geistig höherstehenden, der die wirksamen Mittel kennt? Werden nicht beide von ihrem Verbrecherischen Entschluss, der so stark ist, dass sie zu seiner Ausführung schon unmittelbar tätig geworden sind, dazu getrieben werden, die Gründe für das Versagen des ersten Angriffes zu untersuchen und dann einen neuen besseren Angriff zu unternehmen und zu Ende zu führen? Alle diese Fragen glauben wir bejahen zu müssen: wer in einem „nomologischen" Irrtum befangen war, wird sich die Kenntnis zu verschaffen wissen, dass man allerdings mit Zucker einen gesunden Menschen nicht töten könne, wohl aber etwa mit Arsenik, und wer in einem „ontologischen" Irrtum befangen, etwa ein ungeladenes Gewehr abgedrückt hat, wird, enttäuscht über den Versager, das Gewehr untersuchen, sein Versehen feststellen und den Mangel durch nachträgliches Laden beseitigen. Fest steht, dass der eine wie der andere durch die Art seines Handelns die Nichtachtung des Gesetzes bewiesen hat: die Furcht vor der gesetzlichen Strafdrohung war nicht stärker als die Kraft des verbrecherischen Entschlusses. Nicht die Prüfung der Frage, ob der Erfolg bei Uebereinstimmung zwischen täterischer Vorstellung und wirklicher Sachlage möglich gewesen wäre, oder ob der Täter sich über die Gesetze des natürlichen Geschehens oder nur über das tatsächliche Vorhandensein oder Fehlen von Umständen geirrt hat, ermöglicht also eine Abgrenzung der strafbaren Fälle von denjenigen, an deren Bestrafung das Gesetz in der Verfolgung seines Zweckes kein Interesse haben kann; massgebend erscheint uns vielmehr, ob gewisse klar erkennbare Tatsachen einen sicheren Schluss darauf zulassen, dass das nochmalige Beginnen und damit die Vollendung der Tat nur durch Bestrafung des Täters verhindert werden könnten. Hier ist der Ausgangspunkt für den Kohler'schen Gedanken der „sozialen Gefahr des Deliktes", die eine konkrete objektive Gefährdung eines einzelnen Rechtsgutes entbehren kann, und die darin besteht, dass „der Täter eine Handlung geplant hat, welche, in den irdischen Kausalismus eingefügt, den Erfolg zu erzeugen vermag"[9]). Wir nähern uns in den Ergebnissen, aber nur in diesen, der subjektiven Theorie und dem Reichsgericht. Aber zu diesen Ergebnissen führt uns nicht der nach wie

9) Kohler, Studien, S. 25; siehe auch Klee, a. a. O., S. 19; Wachenfeld, a. a. O., S. 179.

vor abzulehnende Grundsatz, dass der durch Handlungen betätigte Wille als solcher bestraft werden müsse; überhaupt scheint uns nur die Frage, warum bestraft wird, zum Ziel zu führen, nachdem wir uns über den Ausgangspunkt der gesetzlichen Strafdrohung, nämlich die verbotene, d. h. tatbestandsmässige Handlung klar geworden sind.

Wir können darnach von sämtlichen Tatbeständen des Versuches mit untauglichen Mitteln nur diejenigen von der Strafdrohung des Gesetzes ausschliessen, die unter dem Sammelbegriff „abergläubiger Versuch" verstanden werden. Gleichwohl bringen wir den sogenannten abergläubischen Versuch unter den Generalnenner „untauglicher Versuch", weil wir das Vorliegen eines Vorsatzes bei ihm bejahen müssen[10]). „Jede den Vorsatz erfüllende Voraussicht des Erfolges schliesst als integrierenden Bestandteil eine Vorstellung darüber in sich, wie er eintreten wird"[11]); mehr als irgend eine, also eine richtige Vorstellung kann nicht verlangt werden, weil der Blick in die Zukunft nicht möglich ist. Dass sich aber auch der mit abergläubischen Mitteln Versuchende irgend eine Vorstellung über das Eintreten des gewünschten Erfolges macht, ist nicht vermeidlich.

Wer versucht, einen Menschen durch Beten oder mit Hilfe des Teufels vom Leben zum Tode zu bringen, oder die Tötung eines Menschen durch einen Fluch herbeizuführen, der lässt durch sein Tun zwar erkennen, dass er Interesse hat am Tode eines Menschen, aber er beweist nicht, dass er auch bereit ist, ohne Abwälzung der Verantwortung auf metaphysische, in seiner Vorstellung existierende Kräfte, selbst zur Herbeiführung des gewünschten Erfolges tätig zu werden. Wer dagegen, wenn auch in einem „nomologischen" Irrtum befangen, schon so weit geht, dass er durch Verabreichung eines Mittels zum Zweck der Erreichung des gedachten Erfolges selbst unmittelbar tätig wird, der verdient keine andere Behandlung wie derjenige, der diesen Erfolg anstrebt, während er sich in einem nur „ontologischen" Irrtum befindet[12]).

10) Gegen Frank, Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, 1926, S. 88, ff., S. 182; RGSTR. 33, S. 321; mit Kohler, Leitfaden, S. 60; Ebermeyer, a. a. O., S. 209.

11) Frank, a. a. O., S. 182; Kohler, Leitfaden, S. 54.

12) Hiezu Oerstedt, a. a. O., S. 169: „Was die unergründete Bosheit tun mag, um durch übernatürliche Mittel jemanden das Leben zu nehmen, bringt nicht solche Gefahren mit sich, gegen welche die Gesetze den Bürger zu schützen suchen". Ferner Binding, der umgekehrte Irrtum, GS. 85, S. 195 mit dem Hinweis auf die frühere deutsche Strafgesetzgebung: z. B. Hannover Art. 34, Abs. 2, Hessen Art. 67, Abs. 2, Nassau Art. 63 Abs. 2, Thürin-

Dass wir hiebei im wesentlichen Ergebnis mit Dohna[13]) übereinstimmen, der als Unterscheidungsmerkmal für strafbare und straffreie Fälle des untauglichen Versuches das Vorliegen eines ontologischen bezw. eines nomologischen Irrtums ansieht, liegt darin begründet, dass Dohna die Grenze zwischen beiden Irrtumsarten unrichtig gezogen hat. Wenn er denjenigen bestraft, der „einem andern ein harmloses Pulver, das er für Gift hält, in Tötungsabsicht eingibt", so widerspricht er damit seiner eigenen Behauptung, dass sich straffreie Fälle durch nomologischen und strafbare Fälle durch ontologischen Irrtum des Täters kennzeichnen; denn der Täter irrt hier nicht über tatsächlich Gegenwärtiges, sondern über die natürliche Ursächlichkeit, also über Gesetze des natürlichen Geschehens.

Wenn wir der Ansicht sind, dass der Gesetzgeber, um seiner Verantwortungspflicht für die Rechtssicherheit zu genügen, keine andere als die dargelegte Abgrenzung zwischen strafbaren und straffreien Fällen des Versuchs mit untauglichen Mitteln vorschreiben kann, so halten wir es für nicht weniger notwendig, dem Richter die Möglichkeit zur Unterscheidung im Strafmass an die Hand zu geben, jenachdem die Tat auf den Eintritt einer leichteren oder schwereren Rechtsgüterverletzung gerichtet war.

Am Ende unserer Betrachtungen über den Versuch mit untauglichen Mitteln stellen wir fest, dass das geltende Recht die Bestrafung der Fälle nomologischen Irrtums allerdings mit seinem Wortlaut nicht möglich macht. Denn der „Anfang der Ausführung" einer Tötung ist mit einem Mittel, das in natürlicher Verursachung unter keinen Umständen den Tod eines Menschen herbeiführen kann, einfach nicht denkbar. Aus diesem Grund ist es auch nicht denkbar, dass der Kommentator des geltenden Rechtes zu unserem Ergebnis kommen kann. Wir wiederholen aber, dass wir uns in diesem mit „die Strafbarkeit des untauglichen Versuches" überschriebenen Teil der Arbeit nicht die Aufgabe gestellt haben, zu untersuchen, welche Möglichkeiten das geltende Recht zulässt und welche es ausschliesst; entsprechend dem Gesamtzweck der Arbeit haben wir uns vielmehr bemüht, festzustellen, welche Versuchshandlungen nach Massgabe des durch die logische Erwägung gestützten Rechtsgefühls das Einschreiten des Gesetzes erfordern und welche nicht. Wir haben uns mit anderen Worten auf den Standpunkt gestellt,

---

gen; Art. 23, Abs. 2; dagegen abweichend Braunschweig § 36, Abs. 5.

13) Dohna: a. a. O., S. 61.

dass das geltende Recht in seinen Versuchsbestimmungen dem Schutzbedürfnis der Allgemeinheit und den Anforderungen des Rechtsgefühls nicht genügt, und dass wir glauben, von einem neuen Gesetz eine Fassung verlangen zu müssen, die ohne künstelnde Auslegung und in Uebereinstimmung mit der schon jetzt geübten Praxis die Bestrafung aller derjenigen Handlungen gestattet, deren Strafwürdigkeit wir nachzuweisen versucht haben[14]).

b) Der Versuch am untauglichen Gegenstand.

Die Behandlung der Frage nach der Strafbarkeit des Versuches am untauglichen Gegenstand macht eine Auseinandersetzung mit der Lehre vom sogenannten Mangel am Tatbestand notwendig, die in der Mitte des 19. Jahrhunderts entstanden und noch heute Gegenstand lebhafter Erörterung ist[1]).

„Tatbestand ist die Summe der Tatsachen, an die sich eine Rechtsfolge knüpft“[2]). Dem Grundsatz des § 2 RSTGB folgend (nulla poena sine lege) musste der Gesetzgeber bei jeder besonderen Strafdrohung alle diejenigen Merkmale festlegen, die den Tatbestand einer strafbaren Tat erfüllen. Dies musste so eindeutig geschehen, dass die Beurteilung eines Zustandes als rechtsfeindlich nach festliegenden Grundsätzen, also ohne Zuhilfenahme gefühlsmässigen Ermessens, möglich wurde. So knüpft sich z. B. die Strafdrohung wegen Diebstahls an das Vorhandensein einer Sache, an bestimmte Eigenschaften dieser Sache (Fremdheit, Beweglichkeit, in fremdem Gewahrsam stehend) und daran, dass ein Mensch mit ihr in Beziehung tritt durch Wegnahme mit der Absicht der Zueignung und dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit dieser Zueignung. Der Diebstahlsvorsatz als subjektives Tatmoment und die Summe der genannten Diebstahlsvollendungsmerkmale als objektives Tatmoment bringen in ihrer Vereinigung den strafrechtlichen Erfolg des vollendeten Diebstahls zustande. Dabei ist Erfolg im Rechtssinn nicht das, was der Täter vor Augen hat, nicht die Erreichung des für ihn bestehenden Zweckes seines Handelns, sondern nur das durch die Handlung herbeizuführende tatbestandsmässige Ereignis[3]). So sieht z. B. der Betrüger den Erfolg sei-

14) In der Auslegung des geltenden Rechtes müßten wir indessen mit Frank völlig, mit Allfeld, Mayer und auch Ebermeyer in den Ergebnissen übereinstimmen.

1) Der Mangel am Tatbestand ist von Dohna, 1910, Schüler 1914 und Nartop 1921 kritischen Abhandlungen zugrundegelegt worden.

2) Frank, Das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich 1926, einleitende Bestimmunngen III.

3) Frank das Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich 1926, S. 83, und Anm. 2. oben, S. 17.

nes Handelns in einem Vermögensvorteil, das Gesetz aber interessiert sich schon für ihn mit dem Augenblick der Vermögensschädigung des Betroffenen[4]). Der tatbestandsmässige, d. h. der von der gesetzlichen Strafdrohung erfasste Erfolg einer Handlung ist also, wie wir oben beim Diebstahl gesehen haben, das Ergebnis aus der Summe sämtlicher subjektiver und objektiver Tatbestandsmerkmale. Das Gebäude der strafrechtlichen Tat kann aber das Dach des typischen Erfolges nicht tragen, wenn nur eine einzige Stütze des Tatbestandes fehlt: Wer nicht wegnimmt, oder wer keine fremde Sache wegnimmt, oder wer nicht in rechtswidriger Zueignungsabsicht wegnimmt usw., der begeht keinen vollendeten Diebstahl. Von Mangel am Tatbestand muss also immer dann gesprochen werden, wenn bei Eintritt des sonst die Vollendung herbeiführenden äusseren Ereignisses die Vollendung nicht eintritt: z. B. der Schütze trifft; er tötet aber nicht, weil er einen Baum für einen Menschen gehalten hat. Oder der Dieb nimmt weg; er stiehlt aber nicht, weil er seine eigene Sache wegnimmt. Wir sehen, dass der sogenannte Mangel am Tatbestand die tatbestandsmässige Vollendung unmöglich macht. Die Frage ist, ob Mangel am Tatbestand auch den strafrechtlichen Versuch begrifflich ausschliesst, ob es also möglich ist, die Strafbarkeit des Versuches am untauglichen Gegenstand, der „im allgemeinen als Mangel am Tatbestand anzusehen" ist[5]), sehr schnell und einfach zu verneinen, soweit Mangel am Vollendungstatbestand vorliegt.

Es kann nicht bezweifelt werden, dass der typische Erfolg Tatbestandserfordernis der Vollendung ist. Von der Vollendung aus betrachtet ist also auch jedem strafbaren Versuch ein Mangel am Tatbestand eigentümlich, und zwar ein sehr empfindlicher, nämlich der des äusseren tatbestandsmässigen Erfolges[6]). Der Begriff „Mangel am Tatbestand" scheint uns deshalb unglücklich zu sein, weil er unvollständig ist: er betrifft zwar in seiner fachmännischen Anwendung, nicht aber in seiner äusseren Fassung, von den beiden strafrechtlichen Tatbestandsarten nur die Vollendung nicht

4) § 263 R. ST. G. B.

5) Frank. Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich 1926, S. 90, meint, man dürfe nicht vergessen, „dass sich im weiteren Sinn auch der Versuch als Mangel am Tatbestand darstellt".

6) Auch Frank, a. a. O., S. 84 und in vgl. Darstellung, allg. T. V., S. 252. Vgl. ferner Ebermeyer a. a. O., S. 4 und Beling in Methodik d. Gesetzgebung 1922, S. 84, der den Versuch als „noch nicht fertig tatbestandsmässiges Verbrechen" bezeichnet Delaquis, a. a. O., S. 114.

auch den Versuch. Das Fehlen des Tatbestandsmerkmales fremde Sache kann erklären, warum trotz Wegnahme der Tatbestand des Diebstahls oder trotz Beschädigung oder Zerstörung der Tatbestand der Sachbeschädigung nicht vollendet worden ist; das Fehlen des Tatbestandsmerkmales der noch gültigen alten Ehe kann erklären, warum trotz Eingehung einer neuen Ehe der Tatbestand der Bigamie nicht vollendet worden ist. Selbstverständliche Erklärung für den Nichteintritt der Vollendung ist hier jeweils ein Mangel am Vollendungstatbestand. Der gebräuchliche Begriff Mangel am Tatbestand ist irreführend, denn er hätte in Anbetracht seines Anwendungsgebietes nur in der Fassung „Mangel am Vollendungstatbestand" Daseinsberechtigung. Seine Ausdehnung auf das Gebiet des Versuches aber wäre nur dann zulässig, wenn man zu dem Ergebnis kommen könnte, dass sich die beiden strafrechtlichen Verbrechensformen Versuch und Vollendung in der Art des Tatbestandes durch nichts anderes unterscheiden als durch das Fehlen, bezw. das Vorhandensein des äusseren typischen Erfolges.

Die Existenz des strafbaren Versuches ist allerdings ebenso wie die Existenz der strafbaren Vollendung von einem adäquaten Zusammenhang mit einem gesetzlich festgelegten Tatbestand abhängig: dem gesetzlichen Vollendungstatbestand steht mit derselben Souveränität für sein Gebiet der Versuchstatbestand gegenüber. Der eine schliesst allerdings den anderen aus, aber die Verneinung des einen schliesst nicht unbedingt auch die Verneinung des anderen in sich: Trotz Mangel am Vollendungstatbestand ist Versuch denkbar, ebenso wie trotz Mangel am Versuchstatbestand Vollendung nicht ausgeschlossen ist. Die Begründung für die Richtigkeit dieses Satzes ergibt sich aus der Gegenüberstellung von Vollendungs- und Versuchstatbestand.

1. Beide Tatbestandsarten gleichen sich in ihrer subjektiven Seite, nämlich im verbrecherischen Tätervorsatz. Der Vorsatz ist aber nur beim Versuch unbedingt notwendiges Tatbestandserfordernis, denn der Mangel des Vorsatzes schliesst begrifflich nur den strafbaren Versuch aus, nicht aber auch die strafbare Vollendung (Fahrlässigkeit!) [7].

7) Siehe oben, S. 12, 1. Ueber die Begründung des Satzes „keine Strafe ohne Schuld" unter Gegenüberstellung der „Kulturnormen" Recht und Moral als der Quellen des staatlichen Verbotes und unter Erörterung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, vgl. besonders Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht, Erlanger Rektoratsrede, 1904. S. 20, 21.

Für die Beurteilung des verbrecherischen Vorsatzes kann immer nur die Vorstellung des Täters massgebend sein, mag sie der Wirklichkeit entsprechen oder nicht; der Vorsatz ist derselbe, gleichgültig, ob der Täter stiehlt, oder ob er nur zu stehlen glaubt, weil er seine eigene Sache wegnimmt.

2. Die Verschiedenheit des strafrechtlichen Gewichts von Versuch und Vollendung ist in der Verschiedenheit der objektiven Tatseite begründet.

a) Die objektiven Tatbestandserfordernisse des Versuches sind nach unserem oben unter II, 4 B, a gewonnenen Ergebnis:

Offenbarung einer rechtsordnungsgefährlichen, verbrecherischen Gesinnung durch einen Angriff auf die Rechtsordnung; Unmittelbarkeit des Angriffes; Unternehmen desselben unter Einsetzung der eigenen Person, Ausbleiben der Vollendung.

Die Summe dieser Merkmale ergibt in der Vereinigung mit der subjektiven Tatseite den tatbestandsmässigen Versuchserfolg: den Zustand der sozialen Gefahr für die Rechtsordnung, der begründet ist in der Befürchtung der Rechtsgüterverletzung durch einen Menschen, der seine Bereitschaft zur Verletzung der Rechtsordnung in tatbestandsmässiger Weise offenbart hat.

b) Die objektiven Tatbestandserfordernisse der Vollendung sind die im Gesetz bei den einzelnen Verbrechenstatbeständen aufgezählten Tatbestandsmerkmale (siehe die Aufzählung derselben für das Beispiel des Diebstahls oben, S. 43).

Die Vollständigkeit dieser Merkmale ergibt wiederum in der Vereinigung mit dem inneren Tatbestand den tatbestandsmässigen Vollendungserfolg: den Eintritt der Verletzung der Rechtsordnung durch Verletzung von Rechtsgütern, die ihrem Schutz unterstellt sind.

Wir kehren zurück zu den Fällen des sogenannten Mangels am Tatbestand, deren Beurteilung uns jetzt keine zu grossen Schwierigkeiten mehr bieten dürfte.

Von einem sogenannten Mangel am Tatbestand wird z. B. gesprochen, wenn ein Schütze mit Tötungsvorsatz schiesst und trifft, aber nicht tötet, weil er einen Baum oder eine Leiche für einen Menschen gehalten hat. Es fehlt hier an einem Merkmal des Vollendungstatbestandes, nämlich am Vorhandensein eines Menschen, gegen den die mit Tötungsvorsatz begangene Handlung gerichtet sein muss. Tatbestands-

mässige Vollendung ist also hier begrifflich ausgeschlossen. Der Umstand aber, dass ein äusserer Abschluss der Handlung in der Tatsache erblickt werden kann, dass der Täter getroffen hat, hält den von der Tat herbeigeführten Zustand noch immer weit entfernt von der Vollendung im Rechtssinn; denn der Vorsatz des Täters war nicht darauf gerichtet zu treffen, sondern darauf, einen Menschen zu treffen. Hinter diesem Vorsatz ist die eintretende Wirklichkeit ebenso zurückgeblieben, wie es bei jedem strafrechtlich erheblichen Versuch der Fall ist. Noch deutlicher tritt die Vollendung einer natürlichen Handlung in Erscheinung, wenn der natürliche äussere Erfolg tatsächlich mit der Absicht des Täters übereinstimmt [8]). So ist allerdings eine natürliche Handlung vollendet, wenn jemand „den Geldschrank eines Erbonkels ausplündert, von dessen Ableben er nichts weiss“ [9]); die nicht näher begründete Behauptung Dohna's aber, dass dann „nicht zu stehlen versucht“ worden sei, kann auf keinen Fall darin ihre Begründung finden, dass der Täter „eine Handlung vollendet hat, der es an einem zum Diebstahl erforderlichen Deliktsmerkmal fehlt“, denn nur die tatbestandsmässige, nicht auch die natürliche Vollendung kann den Versuch ausschliessen. Auch kann das Fehlen eines zum Versuchstatbestand, wie oben gezeigt wurde, nicht erforderlichen Vollendungstatbestandsmerkmales (Fremdheit der Sache) nicht zur Verneinung des Versuchstatbestandes führen.

In den angeführten Fällen, denen ausnahmlos nur ein Mangel am Vollendungstatbestand eigentümlich ist, halten wir den vollständigen inneren und äusseren Versuchstatbestand für gegeben [10]): der vorgesetzte tatbestandsmässige äussere Vollendungserfolg ist ausgeblieben; in der Aussenwelt hat sich nicht soviel ereignet, wie es der Vollendungstatbestand gefordert [11]) und wie es dem Vorsatz des Täters entsprochen hätte. Es ist dem Täter aus Gründen, die ihm bei Begehung der Tat unbekannt waren, nicht gelungen, eine strafbare Handlung zu vollenden, trotzdem sein Vorsatz darauf gerichtet war.

Wir unterordnen also die Fälle des, wie wir gezeigt haben, in unvollständiger Ausdrucksweise so genannten Mangels am Tatbestand dem Versuchsbegriff [12]). Die Qualität des Irrtums,

8) Siehe Anm. 3, oben S. 42 und Anm. 10, oben S. 13.
9) Dohna: a. a. O., S. 49.
10) s. oben, S. 44 u. 45, 1 u. 2 a.
11) Frank, Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich 1926, S. 83.
12) Gegen Allfeld, Lehrbuch d. deutschen Strafrechts, 1922, S. 194 ff. und Frank vglde. Darstellung, allg. T. S. 163, mit dem wir

in dem sich der Täter bei Mangel am Tatbestand ohne Zweifel befindet, ist hiebei für die strafrechtliche Erheblichkeit der einschlägigen Fälle bedeutungslos, da durch ihn der Versuchserfolg (Anm. 10. oben S. 46) nicht berührt wird. Damit halten wir es für ebenso gleichgültig, ob der Täter ontologisch oder nomologisch über die Erfolgstüchtigkeit seiner Mittel irrt, oder ob er sich in einem Irrtum über Eigenschaften des Gegenstandes der Tat befindet. Würden wir dem nach der oben (S. 24 ff.) versuchten Darlegung zu engen Begriff der objektiven Gefährdung eines einzelnen Rechtsgutes folgen, dann müsste der Versuch am nicht gegenwärtigen oder überhaupt nicht mehr existierenden Gegenstand straflos bleiben, weil bei der Gegenüberstellung von Täter und einzelnem Rechtsgut eine Gefährdung mit dem Augenblick begrifflich ausscheidet, wo der Gegenstand der Tat nicht mindestens noch existiert. Die Gegenüberstellung von Täter und sozialer Gemeinschaft ergibt aber, dass die Rechtssicherheit noch nicht schon dann wieder hergestellt ist, wenn die Verletzung eines einzelnen Rechtsgutes nicht mehr befürchtet werden kann. Deshalb scheint uns auch die durch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 20. III. 1888[13]) angeregte Theorie Hagemanns[14]) der praktischen Bedeutung zu entbehren. Er ist der Meinung, dass beim Versuch am fehlenden Gegenstand im Gegensatz zum strafbaren Versuch mit untauglichen Mitteln deshalb nicht bestraft werden könne, weil der Erfolg ausserhalb des Bereiches der Möglichkeit liege, sodass zwar beim Versuch mit untauglichen Mitteln eine veränderte Begehungsweise den Erfolg herbeiführen könne, nicht aber beim Versuch am fehlenden Gegenstand. Auch wenn wir von unserer grundsätzlichen Einstellung zu dieser Ansicht absehen, scheint sie uns logisch in sich nicht geschlossen zu sein; denn die Korrektur der beiden Handlungsarten müsste im einen Fall bei den Mitteln, im anderen Fall beim Gegenstand einsetzen, weil der Beschaffenheit der Mittel beim Versuch mit untauglichen Mitteln, die Beschaffenheit des Gegenstandes beim Versuch am untauglichen Gegenstand entspricht. Der „veränderten Begehungsweise" müsste also die Verän-

darin völlig übereinstimmen, dass für die Frage der Vollendung der Standpunkt des Gesetzes „allein massgebend" sei; mit Finger, der Versuch und der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch in der Festschrift für Binding, S. 296, 297 und Kriegsmann, a. a. O., S. 10; vgl. auch Dohna, a. a. O., S. 64 u. Lammasch, a. a. O., S. 4.

13) RGSTR. 8, S. 198.

14) Hagemann: a. a. O., S. 22 ff.

derung des Gegenstandes entsprechen. Mit demselben Recht, mit dem man sagen kann, eine mit untauglichen Mitteln verübte Handlung ist dann strafbar, wenn sie bei Anwendung tauglicher Mittel zum tatbestandsmässigen Erfolg geführt hätte, kann man sagen, ein Tötungsversuch liegt vor, weil Tötung möglich gewesen wäre, wenn ein Mensch und nicht ein Baum oder eine Leiche Gegenstand der Tat gewesen wären[15]).

Olshausen's Ansicht[16]) über die Wesensgleichheit von Mangel am Tatbestand und Wahnverbrechen ist abzulehnen wegen des Unterschiedes zwischen den inneren Tatbeständen. Der Wahnverbrecher irrt über das Vorhandensein einer Rechtsnorm, der Täter bei Mangel am Tatbestand aber bezieht eine bestehende Vollendungsnorm irrtümlich auf sein Tun, weil er dieses für vollendungstatbestandsmässig hält, während es in Wirklichkeit nur den Versuchstatbestand erfüllt; er beurteilt also sein Verhalten in tatsächlicher und nicht in rechtlicher Beziehung falsch[17]).

Wir kehren zum Gegenstand dieses Abschnittes der Arbeit zurück und halten daran fest, dass die Beurteilung von Handlungen am untauglichen Gegenstand nicht von anderen Gesichtspunkten aus angestellt werden dürfe, wie die Beurteilung von Handlungen mit untauglichen Mitteln.

Wer in Tötungsabsicht in ein leeres Bett schiesst, oder einen Toten trifft, verdient die Versuchstrafe des Gesetzes, ebenso wie derjenige, der in Tötungsabsicht auf den in Schussnähe anwesenden Gegner ein ungeladenes Gewehr abdrückt oder derjenige, der wissentlich Zucker verabreicht und ihn aus Unkenntnis der natürlichen Verursachung zur Tötung eines gesunden Menschen für geeignet hält: In allen Fällen hat der Täter bewiesen, dass er zur Tötung eines Menschen bereit ist und damit den Zustand der sozialen Gefahr für die Rechtsordnung erzeugt. Nicht anders zu behandeln ist der Taschendieb, der das Pech hat, in eine leere Tasche hineinzugreifen, denn er hat bewiesen, dass das Eigentum vor ihm nicht sicher ist, oder die vermeintlich Schwangere, die ihre nicht existierende Leibesfrucht mit tauglichen oder untauglichen Mitteln abzutreiben „versucht",

---

15) Zur Lehre v. d. Unmöglichkeit siehe im Anschluss an Hagemann, Kroschel, a. a. O., S. 33 ff. u. Oetker, a. a. O., S. 57.
16) Olshausen, a. a. O., § 59, Anm. 26.
17) Hiezu auch Finger, Der Versuch und der Vorentwurf z. einem deutschen Strafgesetzbuch in der Festschr. f. Binding, S. 295 ff., Loeb, a. a. O., S. 20; v. Buri, GS. 1880, S. 326; Lammasch, a. a. O., S. 63.

denn sie hat bewiesen, dass sie das Interesse der Gemeinschaft am keimenden Leben missachtet. Im zweiten Fall wird übrigens das staatliche Strafinteresse besonders deutlich.

In den praktischen Ergebnissen unserer Untersuchung über den Versuch am untauglichen Gegenstand, befinden wir uns in teilweiser Uebereinstimmung mit Frank und Allfeld[18]) und seltsamerweise auch mit Vertretern der extremen objektiven Theorie[19]).

Zweck des II. Teiles der Arbeit war der Versuch, darzulegen, aus welchen Gründen ein neues deutsches Strafgesetz mit seiner Fassung diejenigen praktischen Ergebnisse ermöglichen müsse, zu denen wir gekommen sind. Eine Erörterung über das Strafmass glaubten wir uns hiebei mit Rücksicht darauf ersparen zu können, dass wir die vom geltenden Gesetz geregelte Unterscheidung in der Bestrafung schwerer und leichter vollendeter Straftaten auch für den Versuch für völlig ausreichend halten. Im übrigen werden die geltenden Bestimmungen über die im Vergleich zur Vollendung mildere Bestrafung des Versuches, sowie über die ausnahmslose Bestrafung versuchter Verbrechen, die enumerative Bestrafung versuchter Vergehen und die Straffreierklärung versuchter Uebertretungen als dem staatlichen Strafinteresse entsprechend beibehalten werden müssen.

III.

Die Entwürfe zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch.

Die wachsende Erkenntnis der Unzulänglichkeit der im geltenden Recht enthaltenen Versuchsbestimmungen, ergibt sich aus den verschiedenen Fassungen der zahlreichen Entwürfe zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch. Der folgende Teil der Arbeit beabsichtigt die Untersuchung, in welcher Weise die Entwürfe dem Problem des untauglichen Versuches gerecht zu werden sich bemüht haben. An Hand unseres Lösungsversuches wollen wir uns ausserdem darüber klar werden, in wieweit sich die Entwürfe einer uns befriedigend erscheinenden Lösung des Problems nähern. Wir werden unseren Betrachtungen vom Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1909 an bis zum Entwurf von 1927 jeweils den Text der einschlägigen Bestimmungen an die Spitze stellen.

18) Frank, Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich 1926, S. 90; Allfeld, Lehrbuch d. deutschen Strafrechts, 1922, S. 194, 195.
19) Z. B. Mayer, a. a. O., S. 360.

1. Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1909.

§ 75.

„Wer die Ausführung eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens begonnen hat, ist, wenn dieses Vergehen nicht vollendet worden ist, wegen Versuchs zu bestrafen.

Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den im Gesetz besonders bestimmten Fällen bestraft."

Der Entwurf beabsichtigt nach seiner Begründung[1]), ebensowenig wie das geltende Recht sich näher darüber auszusprechen, ob der Anfang der Ausführung subjektiv oder objektiv zu verstehen sei, ob für seine Auffassung massgebend sei, „was der Täter in der Richtung auf den erstrebten Erfolg nach seiner Vorstellung zu tun glaubt oder was er in der Aussenwelt tatsächlich verwirklicht". Der Entwurf steht jedoch nach seiner Begründung auf dem Standpunkt des Reichsgerichts und versteht gleich ihm den Anfang der Ausführung im subjektiven Sinn. Die Möglichkeit einer gesetzlichen Festlegung der Streitfrage nach der Strafbarkeit des Versuches mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Gegenstand wird von der Voraussetzung abhängig gemacht, dass die Wissenschaft, der man nicht vorgreifen will, „einer bestimmten Meinung zu allgemeiner Anerkennung" verhilft. Die Notwendigkeit einer Entscheidung durch das künftige Gesetz wird anerkannt, die Möglichkeit einer Festlegung aber mit Rücksicht auf die Unentschiedenheit des wissenschaftlichen Streites verneint. Wenn wir zunächst von der Stellungnahme des Entwurfes absehen, so müssen wir d a r i n zweifellos einen Vorteil gegenüber dem geltenden Recht erblicken, dass er sich in seinem Wortlaut einer klareren Ausdrucksweise bedient[2]). Dieser geringe äussere Vorteil bringt uns einer Entscheidung zwischen subjektiver und objektiver Auffassung aber leider nicht näher, da zwar der gewählte Wortlaut besagen könnte, dass j e d e Betätigung verbrecherischen Willens als Versuch anzusehen sei[3]), da aber andererseits das Gesetz selbst keinen Anhaltspunkt für diese Auslegung bietet[4]). Mit demselben Recht könnte auch die objektive Theorie die Anerkennung ihrer Grundsätze aus dem

1) Begründung, S. 284.
2) Vgl. Finger, Der Versuch und der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, in der Festschrift f. Binding, S. 320; v. Liszt, Z. Str. W. 1910, Bd. 30, S. 270; v. Lilienthal ebd., S. 225.
3) Köhler, Studien z. Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, 1910, S. 29.
4) Vgl. Delaquis, Schweizerische Ztschr. f. Strafrecht, Bd. 22, S. 374, v. Overbeck, Bd. 23, S. 27.

Wortlaut des Entwurfes herauslesen und behaupten, dass er einen in die Rechtsordnung eingreifenden Anfang der Ausführung der gewollten Straftat im objektiven Sinn verlange.

Die Begründung kommt indessen zu dem Ergebnis, dass die Streitfrage nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuches auch von der Wissenschaft, der der Gesetzgeber des geltenden Rechts die Entscheidung überlassen hat, nicht „endgültig und überzeugend" entschieden werden könne, „da sich nach beiden Seiten hin sowohl gute Gründe wie schwerwiegende Ausstellungen erheben lassen". Dass die Begründung sich in dieser richtigen Erkenntnis von einer Entscheidung nach Massgabe der „praktischen Rechtspolitik" und unter Berücksichtigung des „Rechtsempfindens der Bevölkerung" ein befriedigenderes Ergebnis verspricht, scheint uns einer wohl gerechtfertigten Erwägung zu entsprechen. Die wissenschaftlich problematische Behandlung der Streitfrage hat wohl ohne jeden Zweifel interessante, rechtsphilosophisch bedeutsame Wege gewiesen, aber sie hat die in sie gesetzte praktische Hoffnung des Gesetzgebers nicht erfüllt. Bevor wir uns aber angesichts dieses Ergebnisses mit der resignierten Feststellung zufrieden geben, dass eine Lösung überhaupt unmöglich sei, glauben wir in Uebereinstimmung mit den soeben erwähnten Gedanken der Begründung sagen zu können: Ein Lösungs v e r s u c h wird um so brauchbarer sein, je mehr er dem Strafzweck nach dem praktischen Rechtsempfinden des täglichen Lebens gerecht werden wird. Der Gesetzgeber kann solche praktische Erwägungen nicht entbehren. Die Gedanken, die wir unserem Lösungsversuch zugrunde gelegt haben, sind wohl nicht allzuweit entfernt von dem Rechtsgefühl des Verfassers des Entwurfes. Das grundsätzliche Bekenntnis „zu der konsequenteren subjektiven Theorie" ist kein restloses Anerkenntnis der Richtigkeit des Gedankens von der Strafbarkeit des objektivierten Willens. Dieses Bekenntnis scheint uns vielmehr nur aus der richtigen Ansicht zu entspringen, dass die praktisch verwertbare, also gesetzlich dereinst festzulegende Entscheidung, der subjektiven Theorie näher sein muss, als der objektiven. Auch wir haben aus der vergleichenden Gegenüberstellung beider Haupttheorien die Ueberzeugung gewonnen, dass die „der praktischen Rechtspolitik" und dem „natürlichen Rechtsempfinden der Bevölkerung" genügenden Ergebnisse eher aus Gedanken der subjektiven als der objektiven Theorie sich formen lassen. Die Tatsache freilich, dass sich der Entwurf in der der Gesetzeskraft entbehrenden Begründung[5]) aus ähnlichen Erwägungen heraus" grundsätzlich zu der kon-

5) Begründung, S. 289.

sequenteren subjektiven Theorie" bekennt, ändert nichts daran, dass man im Gesetzes t e x t ebenso vergeblich nach einer diktatorischen Durchschneidung des gordischen Knotens sucht wie im geltenden Recht. Selbstverständlich kann auch der in der Begründung erfolgende Hinweis eines Gesetzentwurfes auf eine übereinstimmende Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes nicht etwa diese Rechtsprechung gesetzlich sanktionieren[6]). Auf jeden Fall scheint uns die Ansicht durchaus unrichtig zu sein, dass der Verfasser des Entwurfes der extremsten Fassung der subjektiven Theorie, also etwa der Burischen Lehre, huldige. Das geht hervor aus der Berücksichtigung des Tatmomentes durch geringere Bestrafung des Versuches im Verhältnis zur Vollendung; die extreme subjektive Theorie kann aber bei völliger Nichtachtung der Tatseite des Versuches nur unter Aufgabe der Folgerichtigkeit eine solche Unterscheidung ermöglichen. Denn es gehört, wie oben wiederholt betont wurde, zu den wenigen unbestrittenen Erkenntnissen der Versuchslehre, dass der von der subjektiven Theorie ausschliesslich bestrafte verbrecherische Wille beim Versuch sich nicht im geringsten von dem verbrecherischen Willen bei der Vollendung unterscheide.

Einer streng subjektivistischen Einstellung des Verfassers des Vorentwurfes widerspricht ferner die Aufnahme des § 83 mit dem Wortlaut:

> „In besonders leichten Fällen darf das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern und, wo dies ausdrücklich zugelassen ist, von einer Strafe überhaupt absehen.
>
> Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint, sodass die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde."

Dass die Abfassung dieser Bestimmung keine glückliche ist, brauchen wir heute nicht mehr zu betonen. Denn dass durch derart allgemein gehaltene Bestimmungen, die vom Vorentwurf in der Begründung selbst erwähnte „Gefahr einer Verschiebung der Aufgaben des Gesetzgebers und des Richteramtes und der Zulassung einer gewissen richterlichen Willkür" nicht völlig ausgeschaltet wird, unterliegt keinem Zweifel[7]). Wir wollten jedoch mit der Erwähnung dieser Bestim-

6) v. Oversbeck, Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 1910, Schweiz. Ztschr. d. Strafrechts, Bd. 23, S. 27.

7) Hiezu auch Birkmeyer, a. a. O., Bd. 1, S. 59; Sontag, a. a. O., S. 47.

mung nur einen wesentlichen Strafgrundsatz des Entwurfes, nämlich die Berücksichtigung der Tatseite nachweisen.

Die Unrichtigkeit der Anschauung, dass der Vorentwurf extrem subjektiv eingestellt sei, dass für ihn beim Versuch „der verbrecherische Wille alles und der Erfolg nichts bedeute“ [8]), ergibt sich endlich unseres Erachtens mit unwidersprechlicher Selbstverständlichkeit daraus, dass für diesen Fall der Verfasser durch nichts gehindert worden wäre, dies im Text zum Ausdruck zu bringen und etwa unter Verzicht auf den „Anfang der Ausführung“ von „Betätigung des verbrecherischen Willens durch Handlungen“ zu sprechen, die bestraft werden soll, „auch wenn Vollendung nicht eingetreten ist“.

Eine weitere Kritik des § 83 VE glauben wir uns als für unsere Aufgabe überflüssig ersparen zu dürfen; nur können wir uns noch den Hinweis darauf nicht versagen, dass es uns äusserst bedenklich erscheint, von „geringem verbrecherischen Willen“ zu sprechen. Der verbrecherische Wille ist innerhalb der Grenzen der einzelnen Verbrechenstatbestände immer genau derselbe. Unterschiede gibt es nur in dem Gewicht des aus ihm zu verwirklichenden oder tatsächlich verwirklichten Erfolges; eine Unterscheidung in der Quantität des verbrecherischen Willens ist nur denkbar in der Gegenüberstellung von geringeren und schwereren Verbrechensarten. Man müsste also diese Stelle des VE schon so zu verstehen haben, dass etwa dem Mord ein grösserer verbrecherischer Wille als dem Diebstahl zugrunde gelegt werden muss.

Als Ergebnis unserer Beurteilung des VE auf die Lösung der Frage nach der Strafbarkeit des sogenannten untauglichen Versuches hin stellen wir fest, dass die Begründung beachtliche Gedanken enthält, dass uns aber der allerdings in eine gefälligere äussere Form gebrachte Text der gesetzgeberischen Lösung der Streitfrage nicht näher gebracht hat.

2. Der Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches von 1911.

§ 27.

Versuch.

„Wer mit dem Vorsatz, ein Verbrechen oder Vergehen zu vollenden, die Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens begonnen hat, ist, wenn das Verbrechen oder Vergehen nicht vollendet ist, wegen Versuchs zu bestrafen.“

8) Sontag, a. a. O., S. 43.

§ 29.
Untauglicher Versuch.

„Der Versuch bleibt straflos, wenn der Täter die Ausführung unter Umständen, welche die Vollendung ausgeschlossen erscheinen lassen, in Kenntnis dieser Umstände vorgenommen hat."

Wenn die Begründung ebenso wie die Begründung zum VE betont[1]), dass eine Bestimmung über den sogenannten untauglichen Versuch nicht zu umgehen sein werde, „wenn der Streit über seine Strafbarkeit in der Literatur zur Ruhe gelangen soll", so nimmt sie damit dem wissenschaftlichen Streit über die Strafbarkeit des untauglichen Versuches seinen eigentlichen Zweck, nämlich den der Auffindung einer befriedigenden, gesetzgeberisch verwertbaren Lösung der Streitfrage. Die Geister, die der Gesetzgeber zu diesem Zweck gerufen hat, glaubt er jetzt wieder bannen zu müssen, und er glaubt dies nur dadurch zuwege zu bringen, dass er jetzt ohne ihre Hilfe sich schlüssig wird und die Verantwortung für das diktatorisch entscheidende Gesetz s e l b s t übernimmt. Die Bestimmung des GE über den untauglichen Versuch betrifft eine Ausnahme von der Regel, dass der untaugliche Versuch wie der taugliche bestraft wird. Damit, also in der grundsätzlichen Bestrafung des untauglichen Versuches, stimmt der GE mit dem VE überein. Die mit der Sonderbestimmung über den untauglichen Versuch bezweckte Ausscheidung der Fälle, „in denen auch der Beginn der Ausführung nicht den Beweis eines ernstlichen verbrecherischen Willens erbringt", erscheint uns jedoch diesem, von der Begründung[2]) „ihr beigelegten Zweck nicht gerecht zu werden. Es ist unseres Erachtens völlig irreführend, davon zu sprechen, dass der Täter im Fall der Verwendung eines Mittels unmöglicher Kausalität sich mit diesem Mittel „b e g n ü g e". Wenn er das Mittel für geeignet hält, dann b e g n ü g t er sich nicht damit unter freiwilligem Verzicht auf ein besseres, sondern er verwendet es, weil er glaubt, es sei genau so gut wie irgend ein anderes. Dass derjenige Täter, der sich wider besseres Wissen mit Zucker „begnügt" trotz der Erwägung, dass er zwar eigentlich Gift brauche, nicht den Beweis liefert für einen ernstlichen verbrecherischen Willen, unterliegt allerdings nicht dem geringsten Zweifel. Die Begründung widerspricht mit diesem Wortlaut dem Text des GE, der sagen will: derjenige muss straflos sein, der beispielsweise einem anderen in Tötungsabsicht Zucker eingibt,

1) Begründung S. 29 ff.
2) Begründung S. 30.

da er glaubt, Zucker sei Gift. Wer weiss, dass Zucker kein Gift ist, der verwendet ihn nicht wissentlich in Tötungsabsicht. Die Fälle, die der § 29 GE von der Bestrafung ausschliessen will, beweisen aber einen ebenso „ernstlichen verbrecherischen Willen", wie alle diejenigen Fälle, deren Bestrafung er nicht ausschliesst. Daraus geht wieder einmal klar hervor, dass die alleinige Zugrundelegung des verbrecherischen Willens, nicht zu einer befriedigenden Abgrenzung der strafbaren von den nicht strafbaren Versuchshandlungen führen kann. Der verbrecherische Wille ist auch entweder vorhanden oder er ist nicht vorhanden. Er kann höchstens, wie wir bei Betrachtung des Vorentwurfes festgestellt haben, als gefährlicher oder weniger gefährlich betrachtet werden, jenachdem er sich auf eine schwerere oder eine leichtere Verbrechensart richtet. Das Gefühl, das den Verfasser des GE in dem Bestreben nach engerer Abgrenzung des untauglichen Versuches, mit anderen Worten nach der Milderung der einseitigen subjektiven Theorie, geleitet hat, kommt nicht der äusserlich zum Ausdruck gebrachten Erkenntnis gleich, dass der verbrecherische Wille dasjenige sei, was verschieden berücksichtigt werden müsse; es entspricht vielmehr der gefühlsmässig richtigen, aber leider nicht ausgesprochenen Erkenntnis, dass nur dann wegen Versuchs bestraft werden könne, wenn ein sichtbarer, aus dem tatbestandsmässigen Willen des Täters herzuleitender Beweis für eine tatsächliche Gefährdung der sozialen Gemeinschaft vorliege. Die Abgrenzung, die der Verfasser des GE, dieser Empfindung folgend, angestrebt hat, ist aber zu eng, weil nach unserer oben begründeten Ansicht auch dann strafbarer Versuch vorliegt, wenn der Täter mit Vollendungsvorsatz handelt, während er in einem nomologischen Irrtum über die tatbestandsmässige Erfolgstüchtigkeit seiner Handlungen befangen ist. Es ist nicht möglich, die Gefährlichkeit zweier Täter und ihrer Tat, und damit ihre Strafwürdigkeit gleich zu achten, deren einer „einem anderen fünf Tropfen Opiumtinktur beibringt, weil er glaubt ihn damit vergiften zu können", und deren anderer „im Geheimen Zaubermittel zum Zweck der Tötung eines anderen anwendet"[3]). Der zweite hat, wie wir in Anlehnung an unsere früheren Ausführungen kurz andeuten, die Gefährlichkeit seiner Tat nicht bewiesen: er wagt vorerst noch weniger als der erste, weil er in seiner Wahnvorstellung bestehende, unwirkliche Kräfte für sich arbeiten lassen will; wer weiss, ob er seine eigene Haut riskieren wird, wenn er festgestellt hat,

3) Begründung, S. 30, 31.

dass er auf diese verschwiegene Weise nicht zum Ziel kommt.

Unser Ergebnis lautet, dass die textliche Fixierung des GE an sich zu begrüssen, aber inhaltlich nicht zu billigen ist: die bewusste Tendenz entspricht auf keinen Fall dem Ausdruck, den sie im Text gefunden hat; die unbewusste Tendenz scheint uns dem wahren Grund für die Strafbarkeit des untauglichen Versuches näher zu kommen.

3. Entwurf der Strafrechtskommission 1913.

§ 29.

„Wer den Vorsatz, eine strafbare Handlung zu begehen, durch Handlungen, welche die Tat zur Ausführung bringen sollen, betätigt, ist, wenn die Tat nicht vollendet wird, wegen Versuchs zu bestrafen. Dies gilt auch dann, wenn der Versuch nicht zur Vollendung führen konnte.

Der Versuch eines Vergehens wird nur bestraft, wenn dies ausdrücklich bestimmt ist."

§ 30.

„Der Versuch ist . . . . milder zu bestrafen.

Konnte der Versuch unter keinen Umständen zur Vollendung führen, so darf der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern. Ist nach den besonderen Umständen des Falles eine Bestrafung nicht geboten, so darf davon abgesehen werden."

Diese Bestimmungen bedeuten einen Rückschritt im Verhältnis zum VE und zum GE; im Verhältnis zum **VE** insofern als die Möglichkeit, die der dortige Wortlaut noch offen gelassen hat, nämlich die Abgrenzung von straffreien und strafbaren Versuchsfällen von einem anderen Gesichtspunkt aus als dem des verbrecherischen Willens, nunmehr verwirkt ist; denn wenn der Vorsatz, der die Tat zur Ausführung bringen s o l l und seine Betätigung ausschliesslich dasjenige ist, was bestraft werden soll, dann entfällt die Möglichkeit, der objektiven Seite der Tat nach dem Grad ihrer erkennbar gewordenen Gesellschaftsgefährlichkeit gerecht zu werden. Im Verhältnis zum **GE** bedeutet er einen Rückschritt insofern, als er uns den dort gemachten Anfang einer besonderen abgrenzenden Berücksichtigung des untauglichen Versuches vermissen lässt.

Die möglichst weitherzige Fassung der Strafgrundlage ist wohl ein anzuerkennendes, in dem Bestreben nach möglichst grosser Rechtssicherheit begründetes Gebot der Praxis, aber dieses Gebot wird übertreten, wenn die Strafgrundlage ohne Einschränkung der extremen subjektiven Theorie überhaupt keine, von dem Tatwert einer Handlung bedingten Grenzen für die Strafbarkeit des betätigten verbrecherischen

Willens mehr anerkennt. So verlangt § 29 KE auch die Bestrafung des sogenannten abergläubischen Versuches, bei dem allerdings praktisch „nach den besonderen Umständen des Falles" meistens eine Bestrafung nicht geboten sein wird, sodass der Richter nach § 30 von Strafe absehen könnte. Die Auslieferung der Frage nach der Strafbarkeit an das richterliche Ermessen in Fällen strafrechtlicher Unerheblichkeit ist aber ein rechtspolitisch nicht haltbarer Zustand. Völlig abgesehen davon schliesst ein Bekenntnis dazu, dass die Betätigung des verbrecherischen Willens bestraft werde und sonst nichts, jede Unterscheidung im Strafrahmen nach beendigter und nicht beendigter Tat aus; (dass eine derartige Folgerichtigkeit praktisch nicht undenkbar ist, beweist das französische Recht: Toute tentative de crime . . . . est considérée comme le crime même) [1]). § 30 KE, der nichts anderes als die Berücksichtigung des Tatmomentes verlangt, widerspricht somit der Tendenz des § 29, der die Berücksichtigung des Tatmomentes in folgerichtiger Auslegung unmöglich macht.

Der KE hat den Boden des VE verlassen. Entweder musste der Verfasser zu der Ueberzeugung gelangt sein, dass der wissenschaftliche Streit über die Strafbarkeit des untauglichen Versuches sich zugunsten der Ansicht entschieden habe, dass nur der betätigte verbrecherische Wille bestraft werden könne, oder er hat die Verantwortung entsprechend der Forderung des GE selbst übernommen und aufgrund eigener Ueberzeugung die diktatorische gesetzliche Entscheidung zugunsten der Bestrafung des betätigten verbrecherischen Willens für richtig gehalten. Die Fassung des KE scheint uns noch weniger glücklich zu sein, als die des VE und des GE, weil sie in sich selbst widerspruchsvoll ist; aber sie ist vielleicht noch besser als die der beiden ersten Entwürfe dazu geeignet, zu zeigen, dass nicht der betätigte verbrecherische Wille an und für sich die Strafbarkeit des Versuches ausmacht, und dass die Berücksichtigung des Tatmomentes in einer gesetzlichen allgemeinen Versuchsbestimmung als ein unerbittliches Gebot der Logik und der praktischen Verwendbarkeit des Gesetzes nicht zu umgehen ist.

4. Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches von 1919.

§ 23.

„Wer den Vorsatz, eine Straftat zu begehen, durch Handlungen betätigt, welche die Tat zur Ausführung

1) Code Pénal, 1810, Des Délits et des Peines, Dispositions Préliminaires, Art. 2.

bringen sollen, ist, wenn die Tat nicht vollendet wird, wegen Versuchs zu bestrafen.

Der Versuch eines Vergehens wird nur bestraft, wenn dies ausdrücklich bestimmt ist."

§ 24.

„Der Versuch wird milder bestraft als die vollendete Tat.

Konnte der Versuch nicht zur Vollendung führen, so darf das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern. Ist nach den besonderen Umständen des Falles eine Bestrafung nicht geboten, so darf davon abgesehen werden."

Der im wesentlichen mit dem KE übereinstimmende Entwurf von 1919 krankt an derselben Gegensätzlichkeit zwischen der allgemeinen Versuchsbestimmung und der besonderen Bestimmung über Behandlung derjenigen Versuchshandlungen, die „nicht zur Vollendung führen" k o n n t e n. Die Fassung des § 23 des Entwurfes halten wir also wiederum deshalb nicht für glücklich, weil sie den aus der Denkschrift zum Entwurf [1]) erkennbaren Standpunkt des Verfassers nicht richtig zum Ausdruck bringt. Wir haben oben betont, dass ein Unterschied im verbrecherischen Willen innerhalb der Grenzen ein und desselben Deliktstypes nicht denkbar ist. Der stets gleich schwerwiegende verbrecherische Wille kann es also nicht sein, was die verschiedene Strafwürdigkeit von Handlungen, die auf denselben tatbestandsmässigen Erfolg hinzielen, erklärt. Wenn es nicht möglich ist, den untauglichen Versuch ganz straffrei zu lassen, „weil die Bevölkerung es nicht verstehen würde, wenn derjenige nicht bestraft werden könnte, der einem anderen, um ihn zu ermorden, ein Mittel beibringt, das er für Arsenik hält, das aber in Wahrheit Zucker ist", so liegt der Grund hiefür darin, dass Unterschiede in dem Grad der Bedrohung der Rechtssicherheit gemacht werden und nicht in dem Grad der Intensität des verbrecherischen Willens. Dieses objektive Moment der Versuchshandlung muss in einer allgemeinen Versuchsbestimmung des Gesetzes enthalten sein, wenn die Bestimmung über mildere Bestrafung und richterliche Ermessensfreiheit bei ungefährlichen Versuchshandlungen im Verhältnis zur allgemeinen Bestimmung daseinsberechtigt sein soll. Die Betonung der Tatseite der Versuchshandlung ist aber nicht nur eine technische Notwendigkeit, sondern sie ist auch notwendig aus den Erwägungen heraus, die uns zu den Ergebnissen unseres Lösungsversuches geführt haben. Eine

1) S. 38 ff.

Gefahr für die Sicherheit der Rechtssprechung durch weitgehende tatrichterliche Bewegungsfreiheit muss unseres Erachtens dann, aber auch nur dann befürchtet werden, wenn die Straflosigkeit derjenigen Handlungen, die wir als strafrechtlich unerheblich bezeichnet haben, also aller Fälle des abergläubischen Versuches, von der persönlichen Einstellung des Richters abhängt und nicht vom Gesetz vorgesehen ist. Eine allgemeine Versuchsbestimmung, die wegen ihres rein subjektiven, also unvollständigen Wortlautes die Berücksichtigung des Tatmomentes beim Versuch durch mildere Bestrafung, weite Fassung des Strafrahmens, Erhöhung der tatrichterlichen Ermessensfreiheit logisch ausschliesst, richtet entweder die logische Folgerichtigkeit des Gesetzes zugrunde, wenn der Gesetzgeber unter dem Zwang des natürlichen Rechtsempfindens die Aufnahme derartiger besonderer Bestimmungen doch nicht umgeht, oder sie genügt nicht den Anforderungen des täglichen Rechtslebens, wenn der Gesetzgeber die Folgerichtigkeit aufrecht erhält und demgemäss das Tatmoment überhaupt nicht berücksichtigt. Die Ausschaltung des im KE noch enthaltenen Satzes „dies gilt auch dann, wenn der Versuch nicht zur Vollendung führen konnte", ist für die rechtliche Beurteilung völlig bedeutungslos und wohl nur aus sprachlich begreiflichen Gründen geschehen, weil er nur etwas wiederholt, was schon im ersten Satz des § 29, Abs. 1, KE bezw. im einzigen Satz des § 23, Abs. 1 E. 1919 enthalten ist.

5. Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1925.

„Strafbarkeit des Versuches.

§ 23.

Wer den Entschluss, eine strafbare Handlung zu begehen, durch Handlungen betätigt, die nach seiner Vorstellung den Anfang der Ausführung bilden, ist wegen Versuchs zu bestrafen.

Der Versuch kann milder bestraft werden als die vollendete Tat.

Der Versuch eines Vergehens ist nur strafbar, wenn ihn das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht.

Der Versuch bleibt straflos, wenn der Täter die Tat aus Unwissenheit über Naturgesetze an einem Gegenstand oder mit einem Mittel versucht hat, an oder mit dem die Tat überhaupt nicht ausgeführt werden kann."

Aus dem ersten Absatz ist ersichtlich, dass der Verfasser die Strafbarkeit des Versuches wieder nur in dem verbrecherischen Willen des Täters erblickt. Er scheint auf diese Fest-

stellung ganz besonderen Wert gelegt zu haben, weil er von einer Willensbetätigung spricht, die nach der „Vorstellung“ des Täters den Anfang der Ausführung bildet. Es erscheint uns aber als überflüssig, in diesem Zusammenhang der Vorstellung des Täters besondere Erwähnung zu tun, denn den Zwecken der einseitigen subjektiven Theorie dürfte die Betätigung des Entschlusses, eine strafbare Handlung zu begehen, schon vollkommen genügen.

Auch derjenige Täter, der die Tat „aus grober Unwissenheit über Naturgesetze an einem Gegenstand oder mit einem Mittel versucht hat, an oder mit dem die Tat überhaupt nicht ausgeführt werden kann“, hat „den Entschluss, eine strafbare Handlung zu begehen, durch Handlungen betätigt, die nach seiner Vorstellung den Anfang der Ausführung bilden“. Abs. 1 schliesst somit Abs. 4 aus. Die beiden Bestimmungen sind nebeneinander logisch ebenso unglücklich, wie wenn etwa in ein und demselben Gesetz die Bestimmungen enthalten wären: Wer stiehlt wird bestraft und wer ein unbeschriebenes Blatt Papier stiehlt wird nicht bestraft. Die allgemeine Vorschrift muss die besondere bereits in sich tragen; die besondere Bestimmung kann keine der allgemeinen widersprechende Fassung erhalten, sondern sie hat ihre Daseinsberechtigung höchstens darin, dass der Gesetzgeber es für nötig gehalten hat, näher zu entscheiden, ob eine bestimmte Handlung oder etwa eine bestimmte Eigenschaft einer Sache als tatbestandsmässig angesehen werden kann oder nicht. Will also der Gesetzgeber beispielsweise betonen, dass unter Diebstahls nur die Wegnahme von Wertträgern zu verstehen ist, so muss er diesen Gedanken schon in der allgemeinen Bestimmung unterbringen; die besondere Bestimmung kann dann höchstens den Hinweis darauf enthalten, dass eine bestimmte Sache nicht als Wertträger anzusehen, ihre Wegnahme daher straflos ist. Wenn also § 23 E 1925 in Abs. 1 betont: sämtliche Erscheinungsformen des untauglichen Versuches sind strafbar, und in Abs. 4: bestimmte Erscheinungsformen sind aber doch nicht strafbar, so können wir darin nicht nur einen redaktionellen Schönheitsfehler erblicken, sondern wir finden darin erneut eine Bekräftigung unserer Ansicht, wonach der Grund für die verschiedene Strafwürdigkeit von Versuchshandlungen, also die objektive Tatseite in die allgemeine Bestimmung über den Versuch aufgenommen werden muss. Wir sind uns der Konsequenzen dieser Ausführungen bewusst auch beispielsweise in Ansehung der Nebeneinanderstellung der §§ 242 und 247 im geltenden Recht. Wenn die Summe der im § 242 aufgezählten Merkmale strafbarer Diebstahl ist, dann ist etwas, was

nicht bestraft wird, eben kein Diebstahl und zwar im Fall des § 247 etwa deshalb nicht, weil der Gesetzgeber hier vielleicht gefühlsmässig das strafrechtliche Merkmal „fremde" Sache nicht streng nach den bürgerlich rechtlichen Eigentumsbegriffen verstanden wissen wollte.

Abgesehen von der widerspruchsvollen Fassung des äusseren Textes des Entwurfes 1925, sind wir aus den oben angegebenen Gründen, auf deren Wiederholung wir verzichten dürfen, weder mit der generellen Bestrafung sämtlicher Fälle des untauglichen Versuches einverstanden, noch mit der Ausnahme, die sich auf diejenigen Fälle erstrecken soll, in denen der Täter aus grober Unwissenheit über Naturgesetze gehandelt hat. Es ist allerdings nicht richtig, denjenigen, „der einen anderen zu erschiessen sucht, um deswillen straflos zu lassen, weil er die Tragfähigkeit seiner Waffe überschätzt hatte"; auch dürfen „der Einbrecher, der Räuber der Strafe nicht um deswillen entgehen, weil der erbrochene Kassenschrank leer war, oder weil der Angegriffene die erhoffte Beute nicht bei sich führte" [1]). Es klingt indessen für das natürliche Rechtsempfinden nicht weniger selbstverständlich, wenn man sagt: es ist nicht befriedigend, dass derjenige straffrei sein soll, der in Tötungsabsicht nur deshalb den gewollten Erfolg nicht zustande bringt, weil er in Unkenntnis der einfachsten Gesetze der natürlichen Verursachung der Meinung ist, er könne mit Zucker einem gesunden Menschen das Leben nehmen. Die logische Begründung für die Strafwürdigkeit solcher Fälle haben wir uns im Verlauf unseres Lösungsversuches zu finden bemüht.

Die Fassung „der Versuch k a n n milder bestraft werden . . ." ist wieder nur erklärlich, wenn ausschliesslich der verbrecherische Wille als Strafgrund für den Versuch angesehen wird. Von unserem Lösungsversuch aus ist eine solche Fassung undenkbar, weil Versuch und Vollendung sich zueinander verhalten wie der Zustand, in dem ein vermutbares Ereignis das Gefühl des Bedrohtseins mit sich bringt, zu dem Zustand der wirklichen Verletzung eines Rechtsgutes aufgrund des tatsächlichen Eintrittes einer bestimmten Veränderung in der Aussenwelt. Die grundsätzliche quantitative Gleichsetzung von Versuch und Vollendung des E. 1925 widerspricht der logischen Bewertung von U n f e r t i g e m und F e r t i g e m. Die Tatsache, dass diese Gleichsetzung auf der ausschliesslichen Zugrundelegung des verursachenden verbrecherischen Willens beruht, beweist, dass eine Veränderung in der Aus-

1) Begründung, S. 23.

senwelt strafrechtlich nicht nur nach ihrer Verursachung, sondern auch nach ihrer Wirkung bewertet werden muss.

6. Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches, 1927.

§ 26.

„Strafbarkeit des Versuches.

Wer den Entschluss, eine mit Strafe bedrohte Tat zu begehen, durch Handlungen betätigt, die den Anfang der Ausführung bilden oder nach dem Sachverhalt, den er sich vorstellt, bilden würden, ist wegen Versuchs zu bestrafen. Der Versuch eines Vergehens ist nur strafbar, wenn ihn das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht.

Der Versuch ist milder zu bestrafen als die vollendete Tat.

Konnte der Versuch schon wegen der Art des vom Täter ausersehenen Mittels oder Gegenstandes überhaupt nicht zur Vollendung führen, so kann das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern. In besonders leichten Fällen kann es von Strafe absehen."

Der E. 1927 verzichtet „unter Rückkehr zu früheren Entwürfen" darauf, „für einen Kreis von Fällen des untauglichen Versuches im Gesetz die Straffreiheit zu gewähren". Dafür gibt er aber dem Gericht für das g a n z e Gebiet des untauglichen Versuches das Recht der Strafmilderung nach freiem Ermessen[1]). Wenn es auch verständlich erscheint, dass der E. 1927 „den fliessenden, strafrechtlich kaum zu erfassenden Begriff der groben Unwissenheit über Naturgesetze" nicht mehr in seinem Text aufgenommen hat, so scheint uns doch auch s e i n e Fassung nicht glücklich zu sein, weil sie die Fälle des nomologischen Irrtums von der Bestrafung ausschliesst. Die Berücksichtigung des untauglichen Versuches im E. 1927 entspricht völlig der F r a n k'schen Forderung nach der „möglichen Kausalität" bei Uebereinstimmung zwischen tatsächlicher Sachlage und Vorstellung des Täters[2]). Damit sind die Fälle ergriffen, in denen der Täter weiss, welche Mittel zum tatbestandsmässigen Erfolg führen, in denen er aber irrtümlich etwa ein ungeladenes Gewehr abdrückt oder Zucker verabreicht. § 26, Abs. 1, E. 1927 scheidet also alle diejenigen Fälle von der Bestrafung aus, in denen der Täter ein nach den natürlichen Gesetzen der Verursachung völlig erfolgsuntüchtiges Mittel anwendet, weil er es für erfolgstüchtig hält. Umso widerspruchsvoller be-

1) Begründung, S. 24. und 25.
2) Siehe oben, S. 35 ff. u. die einschlägigen Anmerkungen.

rührt es, wenn der dritte Absatz die Behandlung derjenigen Fälle regelt, in denen der „Versuch schon wegen der Art des vom Täter ausersehenen Mittels oder Gegenstandes überhaupt nicht zur Vollendung führen" konnte. Hat der Täter ein Mittel oder einen Gegenstand „ausersehen", die den natürlichen Kausalverlauf zum tatbestandsmässigen Erfolg hin unter keinen Umständen auslösen konnten, so ist das Eintreten des Erfolges auch bei Uebereinstimmung zwischen tatsächlicher Sachlage und täterischer Vorstellung nicht denkbar. Der E. 1927 regelt somit im dritten Absatz seiner Versuchsbestimmung die Bestrafung von Fällen, deren Straffreiheit er im ersten Absatz ausgesprochen hat. Dieser Widerspruch könnte sich nur dann durch die Annahme eines Redaktionsfehlers aufklären, wenn mit dem „ausersehenen Mittel oder Gegenstand" etwa das im Widerspruch mit der Vorstellung, also irrtümlich, tatsächlich angewandte Mittel oder der tatsächlich angegriffene Gegenstand gemeint waren.

Der Wortlaut des E. 1927 lässt uns, wie bei den früheren Entwürfen, die Erwähnung des Versuchserfolges, also die Betonung der Tatseite vermissen und damit natürlich auch wieder den Mangel der logischen Geschlossenheit beanstanden; trotz ausschliesslicher Betonung des konstanten Willensmomentes werden allgemeine und besondere Unterschiede in der Bestrafung gemacht in der Weise, dass einmal die geringere strafrechtliche Erheblichkeit des Versuches im Vergleich zur Vollendung durch mildere Bestrafung anerkannt wird, und dass ausserdem innerhalb des Versuchsrahmens Fälle von geringerer und grösserer strafrechtlicher Erheblichkeit unterschieden werden.

Auch der E. 1927 hat die Lösung nicht gebracht: seine Tendenz kann zwar ebensowenig wie das geltende Recht das Tatmoment des Versuches unberücksichtigt lassen, aber sein Wortlaut wird dieser Tendenz nicht gerecht, ein Umstand, der zu den beanstandeten logischen Widersprüchen führen muss.

Abschliessende Zusammenfassung.

Wir sind aus dem Ergebnis unseres Lösungsversuches heraus der Ansicht, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung einer befriedigenden Bestimmung über den Versuch in einem neuen deutschen Strafgesetzbuch auf die folgenden Bausteine nicht werde verzichten können:

Eine Handlung, die die tatbestandsmässige Vollendung nicht herbeigeführt hat, wird als Versuch bestraft, wenn der Täter den Rechtsfrieden gestört, d. h. den Zustand der

Rechtsunsicherheit in die von der Rechtsordnung geschützte Gemeinschaft hineingetragen hat.

Der Rechtsfriede ist gestört, wenn der Täter mit dem Ziel der tatbestandsmässigen Vollendung unter Einsetzung seiner Person tätig geworden ist, also den Beweis seiner Bereitschaft zur Verletzung von Rechtsgütern erbracht hat.

Durch das Anstreben der tatbestandsmässigen Vollendung mit abergläubischen Mitteln kann dieser Beweis nicht als erbracht gelten.

Der Versuch ist milder zu bestrafen als die Vollendung.

Versuchte Verbrechen sind immer, versuchte Vergehen nur, wenn es im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist, zu bestrafen; versuchte Uebertretungen werden nicht bestraft.